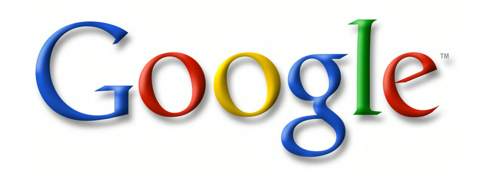





HARVARD COLLEGE LIBRARY
VE RI TAS
HOHENZOLLERN COLLECTION
IN COMMEMORATION OF THE VISIT OF
HIS ROYAL HIGHNESS
PRINCE HENRY OF PRUSSIA
MARCH SIXTH, 1902
ON BEHALF OF HIS MAJESTY
THE GERMAN EMPEROR
PRESENTED BY ARCHIBALD CARY COOLIDGE PH.D.
ASSISTANT PROFESSOR OF HISTORY

Das

Beweissystem des Sachsenspiegels.

In Beschränkung

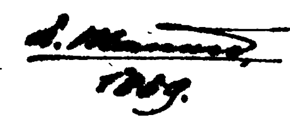
auf den bürgerlichen Prozeß

dargestellt

von

Albert Hänel,

Doctor der Rechte und Privatdocent an der Universität Leipzig.



Leipzig,

Verlag von S. Hirzel.

1858.

HOHENZOLLERN

Meinem Oheim

Dr. Gustav Hänel

dem treuen Vormunde

meiner jungen Jahre und jungen Wissenschaft.

Vorwort.

Ich war noch Student, als ich das Buch Albrecht's, meines hoch verehrten Lehrers, über die Gewere las. Es war ein mächtiger Eindruck, den ich empfing; eine neue Welt, die sich mir, dem in institutionenmäßigen Anschauungen Befangenen, aufthat. Nichts natürlicher, als daß ich eine selbständige Kritik mir zu bilden suchte. Ich fing an den Sachsenspiegel zu lesen. Bald wurden diese Studien unterbrochen durch Examina und eine Zeit der Praxis. Aber ich kehrte mit erneuertem Eifer zu den deutschrechtlichen Quellen zurück, um schmerzlich zu empfinden, daß ein Gegenstand wie die Gewere viel zu hoch für mich gegriffen sei. Doch unvermerkt und vielleicht mit einem ähnlichen Gedankengange, wie Delbrück, war ich auf das Beweisrecht gestoßen. Bald concentrirte ich mich auf dieses und suchte das Material aus dem sächsischen Rechtskreise zusammen. Damit verglich ich die hauptsächlichen süddeutschen Quellen und bemerkte, daß diese in ganz anderer Weise das Beweisrecht behandelten. Ich

kam zu der Ueberzeugung, daß eine Zusammenstellung des sächsischen und schwäbischen Beweisrechtes entweder eine prinziplose Vergleichung sein müßte oder daß, um Beides einheitlich zu erfassen, eine breite geschichtliche Entwickelung, von den Volksrechten beginnend, vonnöthen sei. Das erste wollte, das zweite konnte ich nicht liefern. So blieb ich bei dem Sachsenspiegel stehen und versuchte hier eine geschlossene Einheit des Beweissystemes aufzufinden.

Erst nachdem ich mir die vorliegende Schrift in ihren Grundgedanken und sogar bis tief in das Detail hinein fixirt hatte, erst dann wandte ich mich zur Literatur.

An der Spitze steht auch hier Albrecht mit seinen Dissertationen: doctrinae de probationibus adumbratio. I. 1825. II. 1827, die ein reiches Material liefern. Jolly's Dissertation: Ueber das Beweisverfahren des Sachsenspiegels. 1846. darf ich wohl übergehen. Das Bedeutendste hat ohne Frage Planck geliefert in seiner Abhandlung über das Recht zur Beweisführung (Zeitschrift f. d. R. X, pg. 205 ff.) und in dem ersten Kapitel seines Buches über das Beweisurtheil. 1848. Wenn ich davon absehe, daß eine gewiß utrirte Redeweise, die ihm manchen Gegner erweckt hat, vielleicht auch mir zu Mißverständnissen Anlaß gab, so bin ich überzeugt, daß seine Anschauungen vom deutschen Beweisrechte die richtigen sind. Allein es sind besonders zwei Punkte, die ich ihm vorwerfe. Der eine besteht darin, daß seine Darstellung nicht genug den Fall, wenn der Behauptung eines

Rechtes die Verneinung entgegengesetzt wird, und den anderen Fall, wenn die Behauptungen zweier selbständigen Rechte sich gegenüberstehen, auseinander hält. Der zweite Vorwurf ist der, daß sein Grundsatz: der Angegriffene, Derjenige, der behalten wolle, erringe das Beweisrecht — viel zu allgemein ist, als daß sich damit operiren ließe. Den Ausführungen Planck's ist auch im Allgemeinen Delbrück: der Schutz des Eigenthumes und des Besitzes (Zeitschrift f. d. R. XIV, pg. 207 ff.) und: Die dingliche Klage. 1857, §§. 6 bis 10 gefolgt, hier und da zwar modificirend und neue Anwendungen machend, ohne jedoch einen neuen Abschluß zu bringen. Ich habe ferner noch zu erwähnen: Sachße, das Beweisverfahren. 1855, dessen Gesichtskreis aber der Zeit und dem Orte nach viel zu weit ist, um für meine Aufgabe genügenden Anhalt zu gewähren; Walter, Rechtsgeschichte. 2. Auflage. II, §§. 656—674, der das mittelalterliche Beweisrecht als ein conventionelles, gedankenloses und als ohne leitende Grundgedanken schilt; Stobbe, zur Geschichte des Vertragsrechtes. 1855. pg. 56—111, der innerhalb seines Thema ein schönes Material zusammenstellt, und Platner, historische Entwickelung des Privatrechtes. II, 1854. pg. 328 ff. —

Endlich habe ich leider noch einen Mangel meiner Arbeit zu bekennen: ich konnte Homeyer's Richtsteig Landrechts nicht mehr benutzen, da er mir erst nach vollkommenem Abschlusse zu Händen kam. Aber eben so offen bekenne ich, daß

die eigenen Ausführungen Homeyer's über das Beweisrecht (pg. 453—505) mich zu Aenderungen an meinen Ansichten nicht bewogen haben würden.

So wird denn diese Schrift in allen ihren Theilen das Anfängerthum nicht verleugnen und sie will es auch nicht. Sie wird ihren Zweck erfüllt haben, wenn man in ihr ein fleißiges Streben, eine innige Liebe zur deutschen Wissenschaft erkennt, wenn man sie als ein Versprechen künftiger, tüchtigerer Leistungen gern annimmt.

Im Oktober 1857.

Albert Hänel.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Seite

Zweites Kapitel.

Die Bestimmung des Beweisrechtes nach der inneren Natur der Rechtsverhältnisse.

Drittes Kapitel.

Zweiter Abschnitt.

Der Beweisvorzug unter mehreren, sich gegenüberstehenden Beweisrechten.

Einleitung.

§. 1.

Das Gericht und die Parthei.

Die Entwicklung der modernen Staatsidee hat es mit sich gebracht, daß wir die richterliche Gewalt in ihrem vollsten Umfange der Staatsgewalt zuschreiben; nicht nur in dem Sinne, daß sie das Recht mit mächtiger Hand aufrecht erhält, die Organe der Rechtspflege gründet und diese in ihren Functionen schützt, sondern auch in dem Sinne, daß sie das Recht erkennt und auf den einzelnen Fall anwendet. Das Gericht erscheint als eine staatliche Behörde, die das Oberhaupt des Staates mit seinen Beamten besetzt. Vor ihm gebahren sich die Partheien lediglich und in jeder Beziehung als Unterthanen; von ihm allein haben sie Gewährleistung und Durchführung ihres Rechtes zu erwarten. Dieser äußern Organisation der Gerichtsbarkeit entspricht nothwendig und natürlich die innere rechtliche Natur des Verfahrens in der Rechtspflege. Auch dieses bewegt sich in dem scharfen Gegensatze, in dem die Thätigkeit des Gerichtes zu der der Parthei steht. So zwar, daß diese Scheidung unter dem Gesichtspunkte vor sich geht, daß jedes subjektive Meinen und Wollen um das streitige Recht ausgeschlossen sei. Daher sind die Partheien in ihrer Thätigkeit lediglich darauf beschränkt, diejenigen Thatsachen herbeizuschaffen, die zur Entscheidung des einzelnen Rechtsstreites von Bedeutung sind — dahingegen dem Richter ausschließlich und allein je-

des irgendwie relevante Urtheil zusteht. Dieser Grundsatz bestimmt die Art und Weise des Klaganbringens und der Antwort des Beklagten. Er beherrscht das gesammte Beweisverfahren, mögen wir nun die Natur und Wirkung der Beweismittel oder den Gegenstand, auf den sie sich richten: das Beweisthema, betrachten. Er giebt endlich dem richterlichen Urtheile seinen Inhalt: Anwendung des Rechtes auf die nackten vorgebrachten Thatsachen.

Ein ganz anderes Bild rollt vor unsern Augen die Darstellung des Sachsenspiegels auf.

Allerdings steht auch hier an der Spitze aller Gerichtsbarkeit der König, denn ihm steht die Fülle der öffentlichen Gewalt zu. An der Spitze jedes einzelnen Gerichtes steht wiederum ein Richter, der Graf, Schultheiß, Gograf oder sonst wer, der, unmittelbar oder mittelbar seine Amtsbefugnisse von dem Könige ableitend, als Repräsentant der öffentlichen Gewalt gilt. Als solcher ist er ausgerüstet mit der Macht zu gebieten und zu verbieten; er hat den Bann, das Recht zu bewahren und den Frieden des Gerichtes zu schützen. Er eröffnet und schließt das Gericht, er fragt nach dem Urtheile, giebt Vorsprecher, setzt Termine, läßt Cautionen leisten, pfändet selbst oder durch seinen Boten, weist in den Besitz ein, verhaftet und wirkt Frieden über Personen und Sachen. Kurz seine Thätigkeit [1] gewährt alle Bedingungen einer geordneten Rechtspflege und verfährt gegen den Verkenner der richterlichen Gewalt mit Zwang und Strafe [2]. Aber trotzdem sind die Befug-

1. S. hierüber Sachsensp. I, 41. 53 §. 3. 61 §. 2. 62 §. 7. 63 §§. 1. 4. II, 25 §. 1. 41 §. 1. III, 15 §. 3. 55 §. 2. 56 §. 1. u. s. w.

2. Das ist besonders das Gewedde, welches dem Richter überall da zukommt, wo der Parthei eine Buße oder das Wergeld gebürt — Sachsensp. III, 32 §. 10 — z. B. wenn ein Laie einen andern vor einem ungehörigen Gerichte beklagt — III, 87 §§. 1. 2. — Er gewinnt es aber auch selbständig, wenn die Dingpflichtigen dem Gerüfte nicht folgen, das Ding versäumen oder zu spät kommen — I, 53 §. 1. III, 64 §. 1. II, 6 §. 3. —, wenn Jemand einen Verfesteten wissentlich

nisse des Richters in scharfgezeichnete, enge Grenzen eingeschlossen: er darf über das Recht selbst nicht erkennen, weder Urtheil finden noch schelten: Sachsensp. III, 30 §. 2. Diese Befugniß steht allein der Versammlung der vollberechtigten Gerichtsgenossen zu. Ja der Richter ist auf Schritt und Tritt und auch in den geringfügigsten Theilen seiner Thätigkeit gebunden an das Urtheil der Gerichtsgenossen, ob seine Handlung dem Rechte entspreche. Denn nur da ist Gericht,

dar die richtere mit ordelen richtet. Sachsensp. I, 62 §. 10.

Will der Richter das Ding eröffnen, so muß erst darüber Recht gefunden werden, ob es Dingzeit und ob er Unlust und Unzucht verbieten dürfe — Sachsensp. I, 59 §. 2. — und für die Ordnung des weitern Verfahrens, ob er das Recht habe dem Beklagten die Antwort zu gebieten — Rchtsfg. c. 7 (Unger pg. 16 l. 12) — oder vorladen zu lassen — ibid. c. 14 (pg. 25 l. 10) — oder den Austrag eines Rechtsstreites zu gebieten — ibid. c. 22 (pg. 38 l. 13) — oder die gerichtliche Hülfe zu vollstrecken — c. 12 (pg. 22 l. 21) —. Erst wenn ihm diese Fragen nach dem Rechte bejaht sind, ist er befugt thätig vorzuschreiten. Jede Handlung gegen das erkannte Recht und Urtheil ist nichtig. — Sachsensp. II, 4 §. 1. 22 §. 2. I, 62 §. 7. — Die ganze Thätigkeit des Richters erscheint nicht als eine nach eignem und selbständigem Ermessen frei waltende, vielmehr ist sie nur vorhanden durch die Bezugnahme auf das gesprochene Recht. Der Richter ist Arm und Mund, Schützer und Repräsentant der das Recht findenden Genossenschaft. Nicht mehr und nicht weniger. Das wird in sehr prägnanter Weise ausgesprochen, wenn es heißt, der Richter erhalte durch das gesprochene Urtheil ghewalt zu einer Handlung. — Goslar. Stat. Göschen pg. 58 l. 5. pg. 73 l. 13. Görlitzer R.

---

beherbergt — III, 23 —, umme untucht, die man dut binnen dinge — I, 53 §. 1 —.

ao. 1304. a. 110. (Gaupp Magdeb. und Hall. R. pg. 306.) — Das äußert sich des Beispieles halber in der Art und Weise, wie der Richter beim gerichtlichen Zeugnisse thätig ist. Bei demselben hat er gleichsam das Siegel der öffentlichen Autorität durch seine Aussage aufzudrücken, aber um den Inhalt des zu Bezeugenden braucht er selbst gar nicht zu wissen, genug wenn die Urtheilfinder wissen und ihm die Wahrheit desselben versichern. — Sachsensp. II, 22 §. 2. III, 25 §. 1. —

So verhält sich die öffentliche Gewalt zur Gerichtsbarkeit in derselben Weise, wie zur Rechtserzeugung. Wie sie hier nicht Neues schafft und Altes bricht, nicht Gesetze giebt, sondern nur dasjenige, was Tradition, Sitte und Bedürfniß im Volke Rechtens erzeugt, bestätigt und zur Geltung bringt, kurz mit ihrem Schutze versieht, so auch dort. Die geistig schaffende und selbständige Thätigkeit im Bereiche der Gerichtsbarkeit, diejenige Function, die der Macht des Richters erst Möglichkeit, Inhalt und Richtung giebt, liegt bei dem Volke, wie es sich nach Land und Stand gruppirt. Dieses findet Urtheil und Recht. Erst die Vereinigung von Urtheilfindung und richterlicher Gewalt bildet das Gericht, welches dazu bestimmt ist, alle Gewaltsamkeit und rohe Selbsthülfe auszuschließen.

Betrachten wir jetzt den wichtigsten und bedeutendsten Theil der Gerichtsbarkeit in abgesonderter Weise, so ist es allerdings die Gesammtheit der vollberechtigten Dingpflichtigen als Genossenschaft, welche die Urtheilfindung ausübt. Aber diese Gesammtheit erscheint äußerlich doch in nichts Anderem, als in der Summe ihrer einzelnen Glieder. Am schlagendsten da, wo alle Dingpflichtigen das Urtheil finden. Aber auch da, wo durch das Institut der Schöffen eine Repräsentation begründet zu sein scheint, wird diese Idee wieder verwischt durch die wirksamen und zum Eingreifen stets bereiten Befugnisse des Umstandes. So konnte denn die Betheiligung an der Rechtspflege nicht als ein besonderes Amt

erscheinen. Vielmehr mußte es jeder Einzelne als einen Theil seiner eingeborenen Standesrechte fühlen, Urtheilfinder zu sein, wie er durch seine echte Geburt und zu seinem Theile Träger und Zeuge aller Rechtsentwicklung war. Es galt als ein Zeichen, daß das Recht der Person nicht voll sei, wenn sie von der Befügniß des Urtheilfindens schlechthin oder im einzelnen Falle ausgeschlossen war. cf. Sachsensp. II, 12 §. 2.

Damit ist aber auch für die Stellung der Einzelnen, als prozessirender Partheien, gegenüber der urtheilenden Gesammtheit der Genossen ein Widerspruch, ein Dualismus gegeben, der für die einfache, sinnliche Anschauung nur schwer gelöst wird. Es erhebt sich die Frage, in welcher Weise sich die Parthei, die ihr Recht suchte, zu der Urtheilfindung verhielt. Es fragt sich, ob der vollberechtigte Genosse sich überall da und zu jeder Zeit, wo er als Parthei erschien, jenes ihm angeborenen Rechtes entäußerte, ob er für den einzelnen, ihn interessirenden Fall ausschied aus der Mitte seiner Genossen, fügsam ihr Urtheil empfing und sie somit für jetzt als eine von ihm verschiedene, über ihm stehende und entscheidende Autorität anerkannte??

Es ist für das altdeutsche Verfahren immer bemerkenswerth erschienen, mit welcher Freiheit sich die Partheien auch in dem eigenen Rechtsstreite bewegten. Dieselbe Erscheinung findet sich auch im Sachsenspiegel und seiner Verwandtschaft. Man darf hierher schon die Pfändung zählen, besonders aber das vom Kläger selbständig und ohne gerichtliches Zuthun vorgenommene Bestedegen, Uphalten, welches theils geschieht, um den Beschädiger von Grundeigenthum — Sachsensp. II, 28 §. 2 —, den in seiner Abwesenheit peinlich Angeklagten — Sachsensp. III, 13. Weichbild (Wolrab 1557) a. 40 — den in Overhöre Gekündeten — Goslr. pg. 54 l. 3 — den der Flucht Verdächtigen — Distinctionen (Ortloff) III, c. 4 d. 1 — vor Gericht zu stellen, theils um den verurtheilten Schuldner zur Zahlung zu zwingen. —

Weichbild a. 91. — Dem verwandt ist es, wenn der Vindikant seine Sache eigenmächtig und ohne Gericht anfängt, um in dem Besitzer sich des rechten Beklagten zu versichern. Z. B. Goslr. pg. 98 l. 27. Die Execution ferner geschieht durch den Gläubiger selbst, wenn er seinen zahlungsunfähigen Schuldner in Schuldhaft hält — Sachsensp. III, 39 §. 1. Goslr. pg. 55 l. 9 —, ja noch die Distinctionen II, c. 3 d. 2 bestimmen, die verletzte Parthei solle dem Hausfriedensbrecher das Haupt selber abschlagen.

Das wunderbarste Zeichen für die Selbstthätigkeit der Partheien in der eignen Sache ist aber das Institut des Urtheilscheltens. Nicht nur jeder ebenbürtige Gerichtsgenosse, sondern auch die Parthei selbst konnte behaupten, das von dem Urtheilfinder gesprochene, mit dem Vollwort der Andern versehene oder nicht versehene Urtheil sei falsch und unrecht. — Rchtstg. c. 49 (pg. 98 l. 23). Magdeburger Fragen (hinter den ältern Drucken des Sachsenspiegels) I, c. 4. dist. 5. 7. 10. II, c. 9 d. 1. — Sie hieß den Urtheilfinder von der Gerichtsbank aufstehen, setzte sich selbst an dessen Stelle und sprach ein neues Urtheil, das ihr weiser und gerechter dünkte. — Sachsensp. II, 12 §. 13. III, 69 §. 3. Rchtstg. c. 49 (pg. 99 l. 5). — So standen sich zwei Urtheile gegenüber, die beide auf gleiche Geltung Anspruch machten und die sofortige Entscheidung der Sache verhinderten. Deshalb zog man sich an ein anderes Gericht, sei dieses der Stellung des Richters nach ein höheres, sei es die Stätte des Mutterrechts, zuletzt an das Gericht des Königs. Hier wurde über beide Urtheile entschieden: nicht aber — und das ist das Wesentliche — in der Weise, daß nach freiem Ermessen und auf Grund der Partheivorträge ein neues, von jenen beiden unabhängiges, nur zufällig mit dem einen übereinstimmendes Urtheil gefunden wurde, sondern in der Weise, daß lediglich zwischen diesen beiden Urtheilen gewählt wurde, welches von beiden das rechtere sei. Daher spricht der

Sachsenspiegel immer nur davon, daß der Eine von beiden behalt — I, 18 §. 3. II, 12 §. 8. III, 69 §. 3 —, vulkumt — II, 12 §§. 4. 5 —, daher geben die Magdeburger Fragen als Inhalt des zu fällenden Urtheiles nur an:

das urteil, das der schöpf funden hat, ist recht I, c. 4 d. 5. II, c. 9 d. 1.

daher spricht der Richter an der bezogenen Gerichtsstatt zu seinen Urtheilsfindern:

N! ich gepewt dir pey meinen hulden, das du auszgehest mit allen den, die hie sein und bringet wider in, welchem urtail under diesen zwen das recht sey? Rchtstg. c. 50 (pg. 102 l. 16).

Diese Bedeutung des dritten Urtheiles spricht es denn aus, nicht nur daß an und für sich das Urtheil des Finders und der Parthei vollkommen gleiche Kraft habe, daß eines wie das andere die Entscheidung in sich tragen könne, sondern auch daß das eine, und wäre es das Urtheil der Parthei, diese Entscheidung wirklich herbeiführe. Nicht das dritte Urtheil entscheidet, sondern dasjenige der ersten, zu dem dieses als Bestätigung, als Garantie hinzutritt. Ja so weit geht die Befugniß der Parthei, daß sie jede weltliche Autorität über ihr Recht verwerfen kann. Sie mag als Garantie dafür, daß ihr Urtheil das gerechte, das des Finders das ungerechte sei, ihr Schwert und die Hülfe Gottes bieten. Sie ficht vor dem Reiche selbsieben gegen den Urtheilfinder selbsieben; wem Gott den Sieg verleiht, als wessen Garant Der erscheint, der behält sein Urtheil, dessen Urtheil entscheidet. Sachsensp. I, 18 §. 3. II, 12 §. 8. Rchtstg. c. 50 (pg. 104).

So kündigt sich in dem Institute des Urtheilscheltens die Idee an — eine Idee, die der größten Tragweite fähig ist — daß die Parthei durch die Gewalt des Gerichtes nicht ausgeschlossen sei von dem Urtheile in der eigenen Sache. Ist diese Ankündigung ohne Consequenz? Ist der Gedanke des Urtheilscheltens ein ver-

einzelter, herausgerissen aus dem Zusammenhange der prozessualischen Institute? Oder ist er nicht vielmehr in prägnanter Form das Princip, das dem Prozesse des Sachsenspiegels überhaupt und insbesondere dem rechtlichen Beweise zu Grunde liegt?!

Für die Beantwortung dieser Frage und von diesem Gesichtspunkte aus müssen wir mit einem flüchtigen Blicke den ganzen Verlauf des civilprozessualischen Verfahrens überblicken.

Dieses Verfahren zerfällt, wenn wir die Behandlung dilatorischer Einreden übergehen, in zwei streng geschiedene Stadien. Das erste Stadium bringt die rechtlichen Behauptungen der Partheien zu einem formellen Abschlusse, in der Weise zwar, daß hier beide Partheien thätig sind. Es besteht theils aus den Vorbringen der Partheien, theils aus denjenigen Urtheilen des Gerichtes und nur diesen, die das Materielle der Streitsache und die prozessualischen Rechte und Pflichten der Partheien zum Gegenstande haben. Das zweite Stadium enthält das Beweisverfahren. Es kennzeichnet sich äußerlich dadurch, daß immer nur Eine Parthei agirt; es beginnt mit demjenigen Urtheile des Gerichtes, welches über das Beweisrecht entscheidet, so zwar, daß dieses Urtheil die ganze Grundlage des Beweises bildet.

Wir betrachten also: die Vorbringen der Partheien im ersten Verfahren — die Urtheile des Gerichtes im ersten Verfahren — das Beweisurtheil, die Grundlage des Beweises.

§. 2.

Die Vorbringen der Partheien im ersten Verfahren.

Sollte dieses erste Stadium des Prozesses frei sein von jedem vorgreifenden Urtheile der Partheien, sollten die Verhandlungen derselben nicht mehr liefern, als das faktische Material für ein dem Richter allein zustehendes Urtheil, so könnte dies nur durch die anerkannte Geltung des Grundsatzes bewerkstelligt werden,

daß die Partheien nothwendig eine solche Specialisirung der ihren Rechten zu Grunde liegenden Thatsachen vornehmen müßten, die jeden Schein einer bloßen Behauptung des R e ch t e s beseitigte. Es müßten sich im Prozeßrechte des Sachsenspiegels Vorschriften — zwingende zwar — finden, die nach unserer Terminologie die Partheien nicht blos zur Aufstellung des fundamentum agendi remotum, sondern principaliter zu der des f. a. proximum verpflichteten. Eine solche Verpflichtung der Partheien finden wir aber nirgends anerkannt. Hierfür spricht der ganze Inhalt des Richtsteiges, wenn es auch schwieriger ist das an einzelnen, aus dem Zusammenhange gerissenen Beispielen klar zu machen, was uns der Totaleindruck unmittelbar aufdringt.

Am klarsten tritt es hervor bei der Contumaz des Beklagten:

Der Kläger, der klagen will umb das er verpurget hat, spricht:

Herr, herr richter! wolt ir N wort horenn: der claget uber H, das er im schuldig sey X marck.

Erscheint der dreimal vorgeladene Beklagte nicht, so wird weiter gefragt: was darumb recht sey? So erfindet man: Man sol in pfenden mit der war. Rchtstg. c. 7 (pg. 16).

Und ganz ebenso bei Klagen um Erbgut:

Herr richter! so clagt er euch das, das H sey kummen, unnd hab sich seines gutes und erbtails unterwünden —

Erscheint der vorgeladene Beklagte zum 3. Mal nicht:

So vindet man: du habst dein clagen gewünnen. Rchtstg. c. 23[b] (pg. 41).

Also lediglich auf die Behauptung des Rechtes hin, ohne daß der Richter in den Stand gesetzt ist zu beurtheilen, ob Thatsachen angeführt werden können, die das Recht zu begründen vermögen — wird das Recht zuerkannt und die Execution gestattet.

Aber nicht anders ist es, wenn der Beklagte erscheint. Auf die erste oben angeführte Klage antwortet er einfach:

er sey des unschuldig oder er hab im vergolten oder jener

hab es im ledig gelassen, c. 8 (pg. 17 l. 1—11); und das genügt, um sofort das Beweisurtheil zu fällen.

Und ebenso bei dinglichen Klagen um unbewegliches Gut:

Claget einer auf ein gut und spricht: es sey sein leben und saget der ander: es sey sein eigen und haben sie paide kein gewer daran, so frag: ab du es icht seist neher zubehalden deines eigens an dem gut, dann jener leben zubehalden sey? So vindet man. Rchtstg. c. 27 (pg. 48 l. 9—12).

Spricht aber der (der Beklagte) denn, er hab es gekaufft, so frag wider: nach dem das er es gekaufft hab, und es dir geerbt sey, ab du sein icht neher seist zu behalten dein erb eigenn, ader er seines gekaufftenn guts? So vindet man. Rchtstg. c. 26 (pg. 47 l. 16).

Man hat ferner immer mit Verwunderung die höchst allgemeine Art und Weise der Klagerhebung bei Streitigkeiten um bewegliche Sachen bemerkt. Es scheint, wenn der clager claget, das N under im hat, das er pillicher het, dann er — die Behauptung genügt zu haben:

das er (Beklagter) das sein habe. Rchtstg. c. 11 (pg. 20 l. 20).

Anders sal er (Kläger) es (das gestohlene Pferd) nicht anfangen, wen also: Her Richter — das was meynn unnd ist noch meyn unnd wil is mit rechte behalden, als mir dy scheppen urteylnn — Weichbild (Thüngen.) a. 88.

Worte, in denen von einem Hervortreten der rechtsbegründenden Thatsachen keine Spur sich findet, in denen nicht einmal eine genaue Bezeichnung des angesprochenen Rechtes enthalten ist. Ja eine weitere Untersuchung und Zerlegung des Rechtsverhältnisses findet auch nicht nothwendig bei der Antwort des Beklagten statt. Denn wenn dieser die Forderung auf Herausgabe der Sache einfach verneint, ohne irgend welches eigene Recht an der Sache zu behaupten, so ist gar keine weitere Verhandlung der

Partheien nöthig, sondern der Kläger zieht sich ohne Weiteres zu seiner Sache, d. h. er beweist. Z. B. Rchtstg. c. 12 (pg. 21. l. 11—19). Weichbild l. c. pr.

Wenn dagegen der Beklagte das Recht des Klägers nicht blos bezweifelte, wenn er ein eigenes Recht an der Sache geltend machte, dann war allerdings eine weitere Specialisirung unumgänglich. Denn hier bedurfte es der Entscheidung, ob das Recht des Klägers oder das des Beklagten das stärkere sei. Aber auch diese weitere Specialisirung war nicht nothwendig ein Zurückgehen auf die rechtsbegründenden Thatsachen, vielmehr war sie ihrem Wesen nach nichts als eine specielle Bezeichnung der besondern Art des Rechtes, das an der Sache behauptet wird.

Daher antwortet der Beklagte auf die Ansprache einer beweglichen Sache:

Diese habe oder gute sey sein vnd hab sie wider N selber gekauft; so spricht jener: er sey des unschuldig, das er es im verkaufte. c. 13 (pg. 23 l. 1).

Und auf die Klage:

H. r.! ich clag got vnd euch, das mir N vorheldet mein habe unde gute, die ich Heinr. N tet, des erb er nutzet vnd besitzet

wird entgegnet:

das gut ist mir angestorben vnd angeerbt

oder

das er es in gewer hett vnd seins vorfarenn gewest wer

c. 16 (pg. 29).

In beiden Fällen aber und also lediglich auf die nähere Bezeichnung des Rechtsverhältnisses hin, auf das man sich stützt, wird ohne Weiteres über den Beweis erkannt.

Mit dem Allen kann aber nicht gesagt sein, daß die rechtserzeugenden Thatsachen niemals an die Oberfläche des gerichtlichen Verfahrens gedrungen seien oder gar daß man sich auf dieselben

nicht habe berufen dürfen. Ein so klares Auseinanderhalten von Recht und Thatsache ist oft nicht möglich und widerspricht der Lebendigkeit einer mündlichen Verhandlung. Es versteht sich von selbst, daß da, wo ein geltend gemachtes Rechtsverhältniß nicht schlechthin geleugnet wird, sondern nur innerhalb desselben irgend welche relevante Thatsache, sich der Rechtsstreit eben auf diese Thatsache concentrirt. So z. B. wenn bei der Behauptung rechter Gewere die sonstigen Requisite gar nicht in Frage kommen, allein der Gegner behauptet, er habe die Entstehung derselben durch Klaganstellung gehindert oder ihm komme ein Fall der echten Noth zu Gute. — Rchtstg. c. 27 (pg. 49 l. 6). — Oder wenn gegenüber dem Anspruche des Finders einer Sache auf Kostenerstattung oder auf das Drittheil das geschehene Aufbieten derselben bestritten wird. — c. 15 (pg. 27 l. 21) c. 12 (pg. 21 l. 20). — Ja es giebt viele Rechtsverhältnisse, für die es gar keine zusammenfassende Bezeichnung giebt, sondern auf die man sich nur berufen kann, indem man sie thatsächlich beschreibt. Dahin gehört z. B.:

H. r. So clag ich euch, das H meins forfarenn gelt, darum hebe aufgenommen, das er im sol lassen sulch lehen und gelobt im das. c. 19 (pg. 35 l. 2).

Es ist ferner einfach und natürlich, daß der Beklagte, wenn er gegenüber dem Vindikanten originären Erwerb der Sache behauptet, die Thatsachen anführt:

diese habe vnd gute han ich selber ertzogen oder ich hab sie selben wircken oder machen lassen. c. 17 (pg. 32 l. 15).

Endlich kann ja die Behauptung eines Rechtes identisch sein mit der Behauptung einer einzelnen Thatsache: so die Behauptung des stärkern Erbrechtes mit der Behauptung der nähern Verwandtschaft. c. 42b (pg. 42 l. 1).

Aber eben weil es in diesen Fällen natürlich oder *faktisch* nothwendig ist, beweisen sie nicht, daß unter allen Umständen die *rechtliche* Nothwendigkeit bestanden habe, auf die einzelnen dem streiti-

gen Rechte zu Grunde liegenden Thatsachen zurückzugehen. Es besteht mit ihnen sehr wohl die Regel, daß die Behauptung des Rechtes genügt habe, und man darf sie nicht einmal als Ausnahmen auffassen. Vielmehr fallen auch diese Fälle vollkommen unter die Regel, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß die einzelnen Thatsachen nicht sowohl ein selbständiges Urtheil des Gerichtes ermöglichen, sondern nur das eigene, in der Behauptung des Rechtes liegende Urtheil der Parthei näher bestimmen und motiviren sollen.

Für jene Regel spricht denn auch noch eine Reihe von Stellen, die unmittelbar die Tendenz haben festzustellen, in welcher Weise und in wieweit die Partheien verpflichtet seien, ihre Rechtsansprüche zu begründen und zu specialisiren. Sie dienen zugleich zur Widerlegung eines etwaigen Einwurfes, als ob der Richtsteig gerade in den hier fraglichen Beziehungen nicht zuverlässig sei, weil er nur Schemata aufstelle, die für die einzelnen concreten Fälle weiten Raum lassen müßten und somit das rechtliche Gepräge der gerichtlichen Verhandlung verdunkelten. Die erste Stelle gehört dem Sachsenspiegel an und bezieht sich auf Klagen um Geld:

Suelk men vor gericht gelt vorderet up enen anderen, vraget jene war af men't ine schuldig si, he sal durch recht seggen, weder he't von gelovede scüldich si oder von erve dat he vntvangen hebbe. III, 41 §. 4. cf. Goslar. stat. pg. 69 l. 19. l. 21. Weichbild a. 33. 101. Schöffenurtheile bei Böhme dipl. Beitr. II, pg. 107 von clage umb gelt. Kulmisches R. (Leman) III, 61.

Sie erhält im Rchtstg. c. 6 (pg. 16 l. 3) noch eine besondere Erläuterung und eine Erweiterung für die Ansprache beweglicher Sachen:

Nun wiesz, wer den andrenn besculdiget umb ein benant gelt, fragstu des, er musz dichs berichten von recht und sagen, von welcher sache unter disen vieren er dirs schuldig

sey, nämlich von borgen oder von glubde oder von erbs wegen oder von unterwindung.

Und diesen beiden ganz analog enthält der Richtsteig c. 26 (pg. 47 l. 13) noch eine Bestimmung für Klagen um unbewegliche Sachen:

Hie frag gegen: ab er icht eer sulle zurecht sagen, wie das gut in sein gewer kummen sey —? Das findet man. Spricht aber der denn, er hab es »gekaufft«, so frag wider: nachdem das er es gekaufft hab und es dir geerbt sey, ab du icht neller seist pp. —

Verbindet man hiermit endlich noch eine Stelle der Distinctionen III, c. 10 d. 1:

Welch man claget umbe schult zcu deme andern und spricht: er richter, N is mir sovel geldes schuldig; spricht denne jener: er richter, fraget worumbe ich ome also vel geldes schuldig sy; daz muz her ome benennen. Wel her des nicht tun, so verteylt men ome dy clage; spricht her abir, dy schult ist mir angestorben, ich finde sy also beschriben, adder ich ben or alzo underwiset, unde dar he sinen eyd dorczu thun, daz her ander wissenschaft nicht en habe, so musz men ome antwerten neyn adder ja.

so geht aus dem Allen hervor, daß die Partheien zu nichts Weiterem verpflichtet waren, als dasjenige Recht oder dasjenige Rechtsverhältniß, auf das sie ihren Anspruch an den Gegner klag- oder exceptionsweise stützten, speciell zu bezeichnen, daß aber die Verpflichtung der Partheien, bis auf die dieses Recht begründenden Thatsachen zurückzugehen, dem Wesen des deutschen Prozesses fremd ist. Ja man statuirte die Möglichkeit rechtlich zu procediren selbst dann noch, wenn der Kläger schlechthin einen Anspruch geltend machte, ohne ihn auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß zu fundiren — eine Möglichkeit, die, selbst als Ausnahme

hingestellt, nach heutigen prozessualischen Regeln schlechterdings ein Unding ist.

Damit dürfte aber auch bewiesen sein, daß solche prozessualische Vorschriften, die jedes Urtheil der Parthei ausschlössen, nicht existiren, daß vielmehr mit dem Rechte der Partheien, ihre Ansprüche auf die bloße Behauptung des Rechtes stützen und diese wiederum einfach verneinen zu dürfen, das Recht derselben zu einem Urtheile in der eigenen Sache in diesem Stadium des Prozesses gegeben ist.

§. 3.

Die Urtheile des Gerichtes im ersten Verfahren [3].

Das ganze prozessualische Verfahren von Eröffnung des Gerichtes an ist begleitet von den Urtheilen der richtenden Gemeinde. Nicht blos in streitigen Rechtssachen und über streitige Punkte wird Urtheil gefunden, auch da, wo es sich nur um die Ermöglichung und um die Förderung des Verfahrens handelt, wo Niemand das Recht zu einer Handlung, die vorgenommen werden soll, bestreitet, wird es erfragt und verkündet.

Die Eröffnung des Gerichtes wird bezeichnet durch die bekannten Fragen des Richters, ob es Dingzeit sei und ob er Unlust und Unzucht verbieten dürfe. — Sachsensp. I, 59 §. 2. Magdeb. Schfn. U. I, c. 2 d. 1. Weichbild a. 16. — Sind sie ihm bejaht, so heißt es: N! ich frag dich des rechtenn, wer hie zum rechten dinge sullen sein? So vindet er zurechte: wer in dem gerichte erbe vnd eigen habe. Dann fragt er weiter:

N ich frag dich, ob ein itlich burgermeister rugen sulle, was in seinem dorff geschenn sey? So findet man zurechte: er sulle rugen zethergeschrey und geruchte und bluttende

---

3. Planck: Die Lehre von dem Beweisurtheil. Göttingen 1848. §§. 2 und 3, der hier in allen Theilen übereinstimmt und für uns eine gewichtige Autorität bildete.

wunden und wer under seinen pawrenn nicht da were. Rchtstg. c. 1.

Und so wird ihm im weitern Verlauf der Verhandlung gefunden, ob er das Recht habe, den Beklagten zur Antwort zu gebieten — Rchtstg. c. 7 (pg. 16 l. 12) — oder vorladen zu lassen — ibid. c. 14 (pg. 25 l. 10) — oder den Austrag eines Rechtsstreites zu gebieten — ibid. c. 22 (pg. 38 l. 13) — oder die gerichtliche Hülfe zu vollstrecken — ibid. c. 12 (pg. 22 l. 21) — oder in welcher Weise er nach dem Urtheil fragen solle — ibid. c. 48 (pg. 97. 98).

Dasselbe Verfahren wird auch den Partheien gegenüber beobachtet.

Der Vorsprecher, indem er sein Amt antritt, läßt sich im Voraus eine Reihe von Urtheilen finden, durch die principiell festgesetzt wird, wer ihm nach geltendem Rechte seinen etwaigen Schaden zu ersetzen habe, welche Rechte er als solcher habe und welche Pflichten ihm obliegen. — Rchtstg. c. 2 und die practica mod. proc. (pg. 12). Weichbild a. 41. — Und ebenso wird die Länge der Fristen z. B. für das Herbeibringen der Zeugen bestimmt — ibid. c. 8 (pg. 17 l. 28) c. 16 (pg. 30 l. 17) — oder die Regeln festgesetzt, welche über das Verfahren beim Ziehen auf den Geweren — ibid. c. 13 (pg. 23 l. 15) — oder dann gelten, wenn fremdes Gut unter Jemand angesprochen wird — ibid. c. 14 (pg. 25) —.

In allen diesen Fällen handelt es sich nicht um die Entscheidung eines Rechtsstreites oder eines streitigen Punktes innerhalb eines solchen. Auch ist es unrichtig zu sagen, daß hier die Thätigkeit des Gerichtes Prozeßleitung sei, denn das eigentliche Gebot oder Verbot liegt immer in der Hand des Richters oder es wird die fragliche Handlung von der Parthei selbst vorgenommen. Vielmehr ist das, was die richtende Gemeinde ausspricht, nichts als das objective Recht, die Rechtsregel, welche den Befehlen des Richters eine höhere Autorisation wie den Handlungen der Par-

theien theils eine Richtschnur, theils eine Garantie dafür gewähren soll, daß sie diese oder jene rechtliche Folgen erzeugen. Somit erscheint hier die Thätigkeit des Gerichtes weder als eine Entscheidung noch als Anwendung des Rechtes auf einen einzelnen Fall, sondern vielmehr als eine Auskunft über das geltende Recht.

Diese Urtheile des Gerichtes über nicht streitige Gegenstände unterscheiden sich äußerlich weder in Form noch in sonstiger prozessualischer Behandlung von denjenigen Urtheilen, die in wirklich streitigen Rechtsverhältnissen gefunden werden, und es fragt sich daher, ob hieraus ein Schluß auf die Gleichmäßigkeit auch der innern Natur zulässig sei.

Wenn nun aber einerseits Anwendung des Rechtes das Subsumiren des concreten Falles unter die einschlagende Rechtsregel ist, so daß diese nach den faktischen Voraussetzungen und Merkmalen jenes gefunden wird, wenn anderseits als wahr angenommen werden darf, daß die Partheien im ganzen Verlaufe des ersten Verfahrens prinzipiell nicht verpflichtet waren, die faktischen Voraussetzungen ihres Rechtes darzulegen, daß vielmehr die Behauptung ihres Rechtes regelmäßig genügte, so ergiebt sich daraus, daß für diejenige Thätigkeit des Gerichtes, die Anwendung des Rechtes ist, der eine wesentliche Faktor: die Kenntniß der faktischen Grundlage, gänzlich fehlte. Eine Entscheidung daher darüber, ob die behaupteten Thatsachen ein Recht überhaupt, ob sie das behauptete und welche unter den angeführten Thatsachen dasselbe erzeugen — eine Entscheidung, die uns der wesentlichste Theil des gerichtlichen Urtheiles ist, konnte regelmäßig nicht stattfinden. Vielmehr mußte die richterliche Thätigkeit des Gerichtes ihren Ausgangspunkt nehmen von der Behauptung des Rechtes und sich beschränken auf irgend welche Entscheidung über das in Anspruch genommene Recht in seiner Totalität.

Auf dieser Grundlage bewegt sich denn auch die Darstellung

des Richtsteiges, mögen wir nun den positiven Inhalt der gerichtlichen Urtheile oder die Art und Weise, wie sie erfragt und gefunden werden, in's Auge fassen. Lassen wir dafür einige Beispiele sprechen:

Will der von der Parthei benannte Vorsprecher dieses Amt nich übernehmen, so wird gefragt:

wie er's gewegernn oder versagen muge?

und darauf gefunden:

er muz es zu den heiligen behalten, das er es nit kunne oder es sey, das es gee an seins herrn, seines mannes oder fründes leip, gesunt oder ere. Rchtstg. c. 2 (pg. 11 l. 1).

Ist der Erbe an die Schuld seines Erblassers erinnert worden, so fragt er:

welcherley schuld er gelten musz? So vindet man: wo man herwider stattung hat. So frage: wie ferre er der wissenlichen schulde gelten sulle? So vindet man: als vil das erb wert is nach farrender hab. c. 10 (pg. 19 l. 19).

In beiden Fällen ist es also nicht das rechtliche Gewicht vorgelegter Thatsachen, die das Gericht zu beurtheilen hat, vielmehr giebt es einen Ausspruch ab über die Gültigkeit einer objektiven Rechtsregel, welche die Partheien in ihrem Verfahren für sich in Anspruch zu nehmen gedenken. In welcher Weise aber die Verwendung der so gefundenen Rechtsregel vor sich geht, lehrt in sehr prägnanter Weise die folgende Stelle:

Spricht dein bruder auf seins vater erbe ader auf seiner muter, also ab er ine vor seins vaters tode verlobet hab, so frag: ab dein vater icht ein sein kint mocht abgeteilen mit seinem gute, daran im wol genugt? Das findet man.

Nachdem so ganz im Allgemeinen die rechtliche Möglichkeit des Falles bejaht ist, wird behauptet:

nachdem das er damit abgeteilt wart und verlobet seinen erbteil und vertzihe sich des —

sodann nach der weitern rechtlichen Consequenz gefragt:

»ob er im nun icht mitteilen sulle« oder »was darumb recht sey«? So vindet man: wes er sich vertzigen hat, des darff er im nicht mitteylen.

Und nun erst formulirt die Parthei ihren Anspruch nicht mittheilen zu wollen, indem sie sich zum Beweise des Verzichtes erbietet:

c. 20 (pg. 35). S. auch den Verlauf pg. 36 u. 37 und weitere Beispiele in c. 12 (pg. 21 l. 24 ff.). c. 15 (pg. 27). c. 23[b] i. f. (pg. 42). c. 24 (pg. 43).

Am deutlichsten aber spricht in allen diesen Beziehungen das 9. Kapitel des Richtsteiges, das sich ex professo mit der Art und Weise, wie Urtheil gefragt und gefunden wird, beschäftigt. Es wird hier ausgegangen von der Behauptung des Klägers, daß eine Bürgschaft vorliege, und darauf hin werden die rechtlichen Folgen entwickelt, welche die verschiedenen Behauptungen des Beklagten erzeugen können. So, welche Wirkung es habe, falls Mehre Bürgen wurden, falls eine Novation der Hauptschuld vorgenommen wurde, falls Zahlung behauptet wird. Und zwar ist auch hier das Verfahren wieder dieses, daß die Parthei in einer Suggestivfrage einen Rechtssatz als im objektiven Recht begründet in Anspruch nimmt, daß das Urtheil ihn als solchen anerkennt und bestätigt und daß erst mit dem Erbieten zum Beweise, daß dieser Rechtssatz auf ihr Rechtsverhältniß anwendbar sei, eine nähere Formulirung des Anspruches nach Maßgabe des gefundenen Urtheiles zu erwarten steht.

Ganz die nämliche Behandlung und Bedeutung des Urtheiles finden wir auch in den verschiedenen Sammlungen der Magdeburger Schöffensprüche wieder, selbst in allen den Fällen, in denen sich erkennen läßt, daß sie zur Schlichtung eines einzelnen Rechtsstreites gedient haben: Magdb. Frgn. I c. 2 d. 13; c. 6 d. 7 u. 8; c. 7; c. 8 d. 3; c. 9 d. 4 u. 5; c. 11 d. 3 u. 4; c. 12 d.

5. II c. 2 d. 9 14. 15 u. 17; c. 7 d. 1. Böhme dipl. Beitr. VI, pg. 92, 1. Sentenz; pg. 95 von vergebunge anirstorbinis erbe; pg. 126 u. u. pg. 127 o.

Aus diesem Allen ergiebt sich denn als Resultat: Die Urtheile der richtenden Genossenschaft tragen gegenüber der Thätigkeit der Partheien nicht jenen Charakter der Ausschließlichkeit an sich, den das richterliche Urtheil in unserm heutigen Verfahren für sich in Anspruch nimmt. Vielmehr läßt es Raum für diejenigen Urtheile der Partheien, die darin enthalten sind, daß sie ihre gegenseitigen Ansprüche lediglich stützen auf die Behauptung und Verneinung von Rechten. Erst auf der so qualificirten Grundlage der Partheiverhandlungen trägt es einen entscheidenden Charakter an sich, indem es festsetzt, ob das von der Parthei behauptete Recht Anerkennung im objektiven Rechte finde, indem es die behaupteten, aus den Rechten und Gegenrechten folgenden Consequenzen oder die behauptete Wirkung einer einzelnen Thatsache oder eines Gegenrechtes auf das erstere prüft. Oder vielmehr der Charakter der Entscheidung tritt nach der Art und Weise, wie es erfragt, gefunden und benutzt wird, zurück gegen den einer Auskunft und eines Zeugnisses über das geltende Recht. Daher denn statt des Ausdruckes „nach einem Urtheil fragen" die Phrase gebraucht wird: so frag eins rechten — Rchtstg. c. 2 (pg. 10 l. 12) — und Urtheil einfach soviel bedeutet als geltendes Recht[1]. Und so erscheint denn das Urtheil des Gerichtes, da es eine Anwendung des Rechtes auf concrete Thatsachen durchaus nicht, eine Entscheidung aber nur in einem beschränkten Sinne enthält, in Wahrheit als eine Garantie für die Rechtsbehauptung der Partheien, als eine nothwendige Controlle dafür, daß sie ihre Ansprüche nicht

---

1. S. Planck l. c. pg. 8 N. 1. In dem Magdeburgischen Schöffenbrief an Breslau ao. 1261 §. 63 heißt es: In allen steten ist daz recht, daz die richtere richtet mit urteile (Gaupp pg. 242).

auf bloses subjektives Meinen über das Recht, sondern auf solche Rechtssätze stützen, die im ganzen Kreise der Genossenschaft volle und ungeschmälerte Anerkennung finden.

Nur bei dieser Auffassung läßt es sich erklären, daß fast in allen den Fällen, in denen das behauptete Recht ein so einfaches und so allgemein anerkanntes ist, daß es eines besondern Zeugnisses über seine Gültigkeit in thesi nicht bedarf, jedes Urtheil wegfällt und die Anerkennung desselben stillschweigend in der Entscheidung über das Beweisrecht enthalten ist. Z. B. Rchtstg. c. 8 (pg. 17). c. 13 (pg. 23 l. 1—10). c. 16 (pg. 29). c. 19 (pg. 34). c. 27 (pg. 48 l. 8—15).

Doch läßt sich trotzdem nicht verkennen, daß das behauptete Prinzip in seiner äußern Erscheinung dem natürlichen Verlauf der Sache nach vielfach verdunkelt wurde. So wird das Urtheil eine wirkliche und definitive Entscheidung überall da enthalten, wo die concreten Grundlagen des Rechtsstreites unter den Partheien ganz unbestritten sind und nur über den einschlagenden Rechtssatz die Meinungen verschieden sind. Z. B. Magdb. Frgn. I c. 2 d. 10. c. 6 d. 6. Es wird sich ferner das Zeugniß über die allgemeine Anerkennung eines Rechtssatzes von der Rechtsanwendung in unserm Sinne äußerlich nicht unterscheiden lassen, wenn es sich darum handelt, den Einfluß einer einzelnen Thatsache auf ein Rechtsverhältniß anzuerkennen, oder wo die behaupteten Rechte sich nicht auf einen einfachen Ausdruck zurückführen lassen, sondern nur durch die Darlegung der begründenden Thatsachen näher bezeichnet werden können, überall da endlich, wo die zu bezeugende Rechtsregel eine so specielle ist, daß sie gleichsam in den concreten Fall aufgeht. Aber man kann Das nicht als wahre Ausnahmen betrachten, was die Natur der Verhältnisse bei voller Geltung und innerhalb eines Grundsatzes äußerlich Abweichendes erzeugt.

§. 4.

Das Beweisurtheil, die Grundlage des Beweises.

Die Art und Weise des ersten Verfahrens, in welcher sich die Rechtsbehauptungen der Partheien, Schritt für Schritt begleitet von den Urtheilen des Gerichtes, bewegten, läßt uns leicht erkennen, wie der Gedanke, der dem Urtheilschelten zu Grunde lag, nichts Außerordentliches und Unzusammenhängendes war. Wie das Gericht zusammengesetzt ist aus verschiedenartigen Personen: dem Richter und den Urtheilsfindern, so ist auch die Stellung der Partheien zu demselben eine verschiedene. Inwiefern das Gericht dazu bestimmt ist, rohe Willkür und Selbsthülfe auszuschließen, alle Bedingungen eines geordneten Verfahrens zu gewähren und das erkannte Recht zu schützen, kurz wieweit die handelnde Thätigkeit des Richters ordnend und leitend, vollziehend und strafend bereit ist, insofern und insoweit erscheint das Gericht als eine staatliche Autorität, der sich die einzelne Parthei gehorsam unterzuordnen hat. Anders wo es sich um die Urtheilsfindung, um die Erkennung des Rechtes handelt. Hier sieht sich die Parthei ebenbürtig einer Summe gleichberechtigter Genossen, nicht untergeordnet einer über ihr stehenden Gesammtheit gegenüber. Sie begreift es nicht, daß sie, die gestern in den Angelegenheiten Fremder das Rechte fand und es morgen finden wird, im eignen Interesse weniger Verständniß haben solle. Sie versteht sich nicht dazu, ihren Genossen lediglich faktisches Material zu liefern, um unthätig und leidend ein entscheidendes Urtheil über ihr Recht zu empfangen. Vielmehr maßt sie sich auch in der eigenen Sache ein Urtheil an, sie behauptet ihr Recht als solches, sie verneint behauptete Verpflichtungen schlechthin. Nur die Nothwendigkeit erwächst und diese muß die Parthei anerkennen, daß sie sich mit ihren Ansprüchen nicht außerhalb oder über die Rechtsgenossenschaft selbst stelle, daß nicht willkürliches Wollen und Meinen um das Recht an die Stelle des wahren Rechtes trete. Dafür muß die

Parthei Garantien leisten, daß sie ihre Behauptungen auf solche rechtliche Anschauungen und Regeln stütze, die auf dem Boden des gemeinen genossenschaftlichen Rechtsbewußtseins erwachsen sind. Dies geschieht, indem sie das Urtheil der Genossen über sich ergehen läßt, nicht als ein ausschließliches und ihr aufgedrungenes, sondern als ein zu dem ihrigen hinzutretendes und gewährleistendes — doch auch so nicht, ohne daß ihr die Befugniß des Urtheilscheltens ein letztes Wort gestattete.

An dieses so gestaltete erste Verfahren schließt sich das Beweisurtheil an. Dasselbe ist von doppelter Bedeutung theils um seiner prozessualischen Function, theils um seines Inhaltes willen.

Seiner prozessualischen Function nach hat es den Zweck, einen strengen Einschnitt des Verfahrens zu bezeichnen, so daß durch dasselbe der Prozeß in zwei streng geschiedene Parthien zerfällt. Die eine jetzt beendigte enthält die rechtlichen Vorbringen der Partheien, diese aber auch alle in dem Maße, daß, nachdem das Beweisurtheil gesprochen, jedes weitere Vorbringen in der Sache selbst (das nicht den Beweis betrifft) gänzlich ausgeschlossen ist. Daher alle materiellen Behauptungen, alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel der Partheien nach dem Spruche des Beweisurtheiles schlechthin verloren sind. — Rchtstg. c. 16 (besonders pg. 30 l. 1—15)[5]. — Die andere jetzt folgende Parthie des Prozesses enthält lediglich aber auch Alles, was sich auf den Beweis bezieht, und zwar so, daß damit der ganze Rechtsstreit zur Entscheidung kommt.

Seinem Inhalte nach ferner enthält das Beweisurtheil eine zweifache Bestimmung: die eine, Wer? zu beweisen habe — und damit ist nach der Art des Partheivorbringens und der Natur des Beweises zugleich gegeben Was? zu beweisen sei — die andere,

5. S. die vorzüglichen Ausführungen Planck's, Beweisurtheil, hier besonders §. 4.

Wie? d. i. mit welchen Mitteln bewiesen werden müsse. Z. B. Rchtstg. c. 13 (pg. 23 l. 5):

So frag du — ob du es nicht neher zu behalten seist — dann er —? So vindet man dir: du seist es neher zu behalten. So frag: wie du es behalden solt? So vindet man dir: selbdritt volkomenner lewt an irem rechten.

Fragen wir nun nach dem Resultate, welches das erste Verfahren für die materielle Entscheidung der Sache lieferte, so ist dasselbe ein sehr geringes. Nur so viel wurde erreicht, daß die Vorbringen der Partheien zu einem formellen Abschlusse gelangt sind und daß alle diejenigen Behauptungen von Rechten ausgeschlossen sind, die nicht das Rechtsbewußtsein der Genossen als einer gemeingültigen Norm entsprechend anerkannte. Aber für die Entscheidung, ob die behaupteten Rechte auch im concreten Falle begründet seien — dafür ist und konnte nicht das Geringste geliefert werden. Vielmehr steht jede Behauptung des Rechtes und das hierin liegende Urtheil lediglich auf sich selbst. Jedem vom Kläger behaupteten Rechte stellt sich nun aber entweder die Verneinung des Rechtes, die selbst wieder ein Urtheil ist, oder die Behauptung, daß gewisse Thatsachen Aufhebung oder Modifikationen dieses Anspruches bewirkten, oder endlich die Behauptung eines Gegenrechtes entgegen. Beide sich gegenüberstehende Urtheile haben an und für sich und bis jetzt ein ganz gleiches Recht auf Geltung, und so schließt denn das erste Verfahren mit der Constatirung eines ungelösten Gegensatzes.

Die Lösung gerade dieses Gegensatzes bildet den Inhalt des Beweises. Sie wird angebahnt durch das Beweisurtheil und vollzogen durch das Beweisverfahren. Immer aber muß dieser Beweis, nach dem Resultate, welches das erste Verfahren lieferte, seinen Ausgangspunkt von den Behauptungen und Verneinungen von Rechten als solchen, mithin von den Urtheilen der Partheien nehmen und zunächst wenigstens sich auf diese stützen.

Verstehen wir unter Beweis überhaupt alles Dasjenige, was eine Parthei für ihre Behauptungen und über sie hinaus liefern muß, damit auf dieselben die endgültige Entscheidung des Rechtsstreites gebaut werden könne, so läßt sich für den Beweis eines Urtheiles ein doppeltes Verfahren denken.

Die erste Art des Verfahrens würde die Tendenz haben, die Richtigkeit des Partheiurtheiles einer logischen Prüfung zu unterziehen. Zu einer solchen Prüfung, die von dem Mißtrauen in die Fähigkeit oder den Willen der Partheien zum Urtheilen ausgeht, bedürfte es einer höhern, über den Partheien stehenden Autorität, also des Gerichtes. Es müßte ferner zu jenem Zwecke eine doppelte Operation vorgenommen werden. Zunächst würde das Partheiurtheil aufgelöst in seine einzelnen Faktoren, d. i. in die vermeintlichen rechtserzeugenden Thatsachen, damit sich aus ihnen ergebe, ob das Urtheil schlüssig, ob sie das behauptete Recht zu erzeugen fähig seien. Aber diese Thatsachen selbst bedürften wiederum einer neuen Prüfung zur Entscheidung der andern Frage, ob ihre Existenz in so genügender Sicherheit sei, um die gefundene Schlüssigkeit in thesi zur Entscheidung über die Richtigkeit des Urtheiles zu erheben. Auch in dieser Beziehung müßte ein neues Zurückgehen auf solche des Beweises nicht bedürftige Thatsachen (Zeugenaussagen, Urkunden rc.) stattfinden, die einen Schluß auf die Existenz der noch zu beweisenden gestatten. Alle diese thatsächlichen Begründungen erschienen als Pflichten der Partheien und jede von beiden würde darüber gehört werden müssen. Und so ergäbe sich aus dieser Beweisart eine Complicirung des Verfahrens, welche das ganze Material und alle Vorbereitung der Entscheidung zusammendrängte in das Beweisverfahren. Es erschiene jenes erste Stadium der Partheiverhandlungen als überflüssig und wunderlich. Ja zu diesem würde dieses Beweisverfahren in einen direkten Widerspruch treten. Denn während dort der Gedanke herrschte, daß die Parthei gegenüber gleichberechtigten Genossen

die Selbständigkeit ihres Urtheiles auch in der eignen Sache wahrte, würde diese Grundlage des Verfahrens im Stadium des Beweises rückwärts aufgelöst: hier müßte die Parthei lediglich faktisches Material herbeischaffen, das Gericht nähme unabhängig und selbständig alle Entscheidung in die Hand. Wir lassen uns mit der Behauptung genügen, daß für eine so widerspruchsvolle Ordnung, für ein solches complicirtes Verfahren beider Partheien, für eine solche Entscheidungskraft des Gerichtes die Quellen keinen Rückenhalt bieten.

Vielmehr ist es die zweite mögliche Beweisart eines Urtheiles, welche dem Prozeßrechte des Sachsenspiegels zu Grunde liegt und welche von folgenden Voraussetzungen ausgeht.

Wie die Partheien bis zum Beweisurtheile prinzipiell nicht verpflichtet waren, auf die rechtsbegründenden Thatsachen zurückzugehen, wie es vielmehr ihr Recht war, daß das erste Verfahren sich durch ihr Urtheil anbahnte und vollzog, wie die richtende Genossenschaft nicht Entscheidungen nach Art einer beherrschenden Behörde gab, sondern das Recht bezeugend und gewährleistend thätig war, so finden dieses Recht der Parthei und diese Stellung des Gerichtes ihren energischsten Ausdruck und ihre höchste Gipfelung in dem Beweisverfahren. Der Beweis, wie er sich nach Lage der Sache nothwendig an das Partheiurtheil anschloß, hat dasselbe zu seiner fortwährenden Grundlage. Er richtet sich unmittelbar auf dieses als solches, zersetzt es nicht in seine einzelnen Faktoren, sondern beläßt es bei seiner Einheit und Totalität. Der Beweis endlich fordert kein Aufgeben desselben, sondern er geht im Gegentheile von dem Gedanken aus, daß die endliche Entscheidung der streitigen Sache nicht in den Händen des Gerichtes liege, sondern daß das Urtheil der Parthei allein die Möglichkeit der letzten Entscheidung in sich trage. Damit aber ihr Urtheil diese höchste, entscheidende Kraft und Wirkung habe, fordert das Gericht von der Parthei gewisse, gesetzlich normirte Garan-

tien für die Wahrheit desselben. Garantien, die, mögen sie sich nun zunächst auf die subjektive Wahrhaftigkeit des Beweisenden, oder mögen sie sich objektiver auf die Richtigkeit seiner Rechtsbehauptung beziehen, ihrem Begriffe nach immer nur etwas Accessorisches zu dem prinzipalen Partheiurtheile sind, welches neben ihnen ein selbständiges, ungeschmälertes Leben hat und sie bedingt. Der Beweis ist also der Inbegriff derjenigen Garantien, mit welchen die Parthei, Kläger oder Beklagter, ihr rechtliches Urtheil, sei dieses positiv oder negativ, zu verbürgen und zu bestärken hat, damit dieses selbst von dem Gerichte als entscheidendes anerkannt und seines Schutzes theilhaftig werde.

In diesem Begriffe des Beweises liegt aber mittelbar eine Consequenz, die, ausgesprochen, ihm erst das rechte Licht verleiht. Wenn nämlich unmittelbar durch jene Garantien das Partheiurtheil entscheidende Kraft erhalten soll und die endliche Schlichtung der streitigen Sache nicht bei der höhern, selbständig eingreifenden Autorität des Gerichtes liegt, so ist klar, daß man auch nur für das Eine Urtheil die Erbringung dieser Garantien gestatten kann. Wollte man solches für beide Urtheile beider Partheien, die sich entgegengesetzt sind und wechselseitig sich aufzuheben suchen, gestatten, so würde dadurch das eigentliche Ziel und beabsichtigte Resultat des Beweises gefährdet. Es würde möglicher Weise, wenn beiderseitig die Beweise geführt wären, ein neuer Widerspruch entstehen, der durch eine weltliche Instanz keine Lösung finden könnte, falls man nicht wiederum die Competenz des Gerichtes in solcher entscheidender Weise, wie wir sie nirgends begründet finden, in Anspruch nehmen wollte. Diese nothwendige Folgerung erkennt auch der Sachsenspiegel für den Criminalprozeß regelmäßig an. Denn falls beide Partheien zur Erbringung der gesetzlichen Garantien für ihre entgegengesetzten Behauptungen der Schuld und Unschuld gelassen werden, bleibt keine andere Entscheidungsquelle übrig als die Gottes und des Schwertes.

Die Entgegensetzung zweier widersprechender Eide ist die Anbahnung und Vorbedingung des gerichtlichen Zweikampfes. — Sachsensp. I, 63 §. 4 a. E. — Da nun aber im bürgerlichen Verfahren der Zweikampf niemals stattfindet, das Gottesurtheil aber außerhalb des Systemes liegt und regelmäßig nicht Platz greift, so fordert diese Art des Beweises und die mögliche Lösung jenes Widerspruches, die Aufgabe des Beweisverfahrens ist, die Anerkennung des Grundsatzes, daß nur Eine Parthei zum Beweise gelange, daß die Verpflichtung zur Erbringung der geforderten Garantien der Preis sei, um den sie das entgegengesetzte Urtheil der andern Parthei zur Passivität verweist.

Diese Grundanschauung des Beweisverfahrens bethätigt das starre Hervordrängen der Persönlichkeit, wie das erste Verfahren, nur in erhöhtem Grade und bis zu dem äußersten Grade der Möglichkeit. Auch der Beweis spiegelt jene wirkungsvolle Selbstthätigkeit der Parthei und das Gericht erscheint auch hier nur leitend, ordnend und schützend. Ja man kann in einem gewissen Sinne behaupten, daß der Beweis von der Idee der Selbsthülfe ausgehe: Er erscheint als ein Versuch, den Willen und die Kraft des Einzelnen auch gegenüber dem Willen und der Macht der genossenschaftlichen Gesammtheit zur vollen Geltung zu bringen — als ein Versuch, diese Faktoren als die bewegenden anzuerkennen und sie doch zu einem geordneten Verfahren zu bannen. Dieser Versuch gelingt aber nur bedingt — bedingt durch das schneidende Mittel der Einseitigkeit des Beweises.

Diese Grundanschauung des Beweisverfahrens ist denn auch nur ein anderer Ausdruck für den Satz, daß das Beweisen ein Recht, daß es das höchste Recht der Parthei im Prozesse sei. Welche Verpflichtungen man auch der Parthei auferlegt, welche Anforderungen man an sie stellt, sie haben immer nur die Tendenz, die dem Partheinrtheile einwohnende Kraft der Entscheidung zur Entfaltung und Wirksamkeit zu bringen.

Darum und um der nothwendigen Einseitigkeit des Beweises willen muß es als die Cardinalfrage des Beweisverfahrens erscheinen, welcher Parthei, ob dem Kläger oder dem Beklagten, dem Affirmirenden oder Negirenden, dieses höchste Recht im einzelnen Falle zustehe. Das System des Beweises ist das System derjenigen Regeln, die bestimmen, welche Parthei welche Garantien zu erbringen habe, damit sie ihr Urtheil zum entscheidenden mache und diese Entscheidung den Schutz des Gerichtes gewinne.

Hiernach muß sich die Darstellung des Beweissystemes, unsere Aufgabe, in zwei Gruppen scheiden:

1) in die Lehre von der Vertheilung des Beweisrechtes;

2) in die Lehre von den Beweismitteln, d. i. von denjenigen Garantien, die die Parthei für die Wahrheit ihres Urtheiles zu erbringen hat.

Unsere Darstellung, die mithin zugleich den Inhalt des Beweisurtheiles zum Gegenstande hat, beginnt mit der letztern.

Erster Theil.

Die Lehre von den Beweismitteln.

Der Sachsenspiegel kennt drei verschiedene Arten der Beweismittel: den Eid der Parthei — das Gezeugniß[6] — und das Zeugniß des Gerichtes.

I.

Der Eid der Parthei.

§. 5.

Der Eid der Parthei als Beweismittel.

Von welcher Grundanschauung auch der Prozeß ausgehen mag, so kann doch der Eid der Parthei seinem Wesen nach niemals ein materiell neues und objektives Moment für die Beurtheilung der Behauptung des Schwörenden liefern. Vielmehr tritt er als etwas rein Formelles zu der Behauptung der Parthei hinzu und gewährt ihr, der unveränderten und unvermehrten, eine besondere Verstärkung. Und diese Verstärkung wiederum findet ihre Begründung lediglich in der innern moralischen Qualität des Schwörenden. Die Leistung des Eides soll in der Parthei jene heilige und scheue Stimmung erzeugen, die keine Handlung und kein Wort zuläßt, die nicht aus der reinsten Ueberzeugung ihrer Sittlichkeit

---

6. Planck schlägt diese Art der Bezeichnung vor, um dieses Beweismittel zu unterscheiden theils von unserm modernen Zeugniß, theils von dem des Gerichtes. Wir folgen ihm.



entspringen. So macht der Eid die Parthei-Behauptung als wahr gelten, aber nicht darum zunächst, weil er deren logische Richtigkeit außer Zweifel setzt, sondern darum, weil er die denkbar höchste Garantie für die subjektive Glaubwürdigkeit der Parthei liefert.

Das charakteristische Merkmal nun dieses Beweismittels im Prozesse des Sachsenspiegels besteht darin, daß, wie die Behauptungen der Partheien sich überall zu einem Urtheile concentriren, so auch der Eid unmittelbar über ein Urtheil geschworen wird. Das Beweisthema beim Eide enthält das gesprochene Urtheil der Parthei einheitlich und nicht zerlegt in seine einzelnen Faktoren.

Es ist natürlich, daß sich dieser Charakter dann nicht zu anschaulicher Geltung bringen kann, wenn es sich um den rechtlichen Einfluß einer einzelnen Thatsache auf ein Rechtsverhältniß handelt. Hier geht äußerlich der Eid einfach auf die behauptete Thatsache. Signifikanter wird schon seine Erscheinung, wo es sich um zusammengesetzte Thatsachen handelt, die das Anlegen eines juristischen Maßstabes erfordern. So, wenn der auf Entschädigung Verklagte beschwört:

dat it ane sine scult geschin si. Sachsensp. III, 5 §. 3. Dist. IV c. 12 d. 17.

dat he't notweringe dede. Sachsensp. II, 62 §. 2. Gslr. pg. 43 l. 31. Dist. II, c. 9 d. 3.

daz is ane sinen dang unde ane sinen rad geschen sy. Dist. III, c. 4. d. 10.

dat — — he dat in plaghe gehalden hebbe also it billich si. Gslr. pg. 68 l. 22.

dat de scult (von ihm, dem verklagten Miterben und Vormunde) so ghemaket were, dat de to rechte scolde ghelden sin del, de dat erve eschede. Gslr. pg. 19 l. 38. cf. Dist. I, c. 50 d. 9.

Im hellsten Lichte erscheint aber die Eigenthümlichkeit des Eides da, wo es sich recht eigentlich um die Behauptung oder Ver-

meinung eines Rechtes als solchen handelt und wo uns zugleich die solennen Eidesformeln erhalten sind. Hier schwört der um Schuld Beklagte einfach:

der schulde, die N zeihet ader schult gibet, der sey er unschuldig. Rchtsg. c. 8 (pg. 171. 20). Gslr. pg. 78 l. 27 u. l. 30[7].

oder er beschwört seine Zahlung mit der Formel:

Als Jacoff eine sune zu mir geklagt hat umb XX fl., dy sune hab ich gehaldenn und hab ym XX fl. vorgulden d. m. g. pp. Weichbild (Thüngen) a. 355.

Daz ich N., der do stet, dy schuld vorgulden hab und nenet das geld, dorumme her mich beclagit hoth a. m. g. pp. Leobschützer Stat. Böhme dipl. Beitr. II pg. 11.

Und nicht specieller und thatsächlicher lauten die Worte, wenn der Kläger ausnahmsweise zum Schwure über seine Forderung gelangt:

das N, der tod ist, mir N schuldig ist eine mark d. m. g. pp. Leobschützer Stat. l. c. pg. 16.

daz N, der do stet, mir N schuldig ist lones am gebewd eynen virdung oder jorlones einen halben pp. oder:

daz N, der do stet, mir N schuldig ist einen halben virdung weingeldes mit bechern vorgetragen ader byrgeldes dryczen halb pfenning mit bechern vorgetragen a. m. g. pp. Leobschützer Stat. l. c. pg 15.

Viel bekannt und viel bewundert ist ferner die höchst allgemeine Fassung des Eides bei der Vindikation beweglicher Sachen, die sich so oft und im Wesentlichen immer übereinstimmend in den Quellen findet[8]:

---

7. Nur bei dieser einfachen Fassung des Eides läßt sich die Bestimmung denken: Wu manighe scult men emme ghift vor gherichte to ener tid, der aller scal he sich untscüldighen mit emme rechte. Gslr. pg. 69 l. 17.

8. Inwiefern wir berechtigt sind, auch die Eidesformeln, die eigentlich dem

do he daz gut aller nuwelisten sehe, daz is do sin were unde noch sin sy a. o. g. h. u. a. h. Dist. IV, c. 42 d. 3. d. 25. Gslr. pg. 98 l. 19. Schöffenurtheile, Böhme dipl. Beitr. VI, pg. 107 u. 124. Kulmisches Recht III, a. 130. 133. Weichbild (Wollrab) 134.

das her das pferd von jugend gezogen habe und das is noch sin si. Schöffenurtheil. Böhme l. c. pg. 99. Kulmisches Recht III, a. 129. cf. Gslr. pg. 68 l. 11 (Eid auf Pfand).

Aber genau dieselbe Formel des Eides wird auch vorgeschrieben für die Ansprache unbeweglicher Sachen.

Ihr sollt wissen, wo man eyd thun soll, »die sol man thun nach der klage«, ob man an dem rechten vollkommen wil: zu einem gleichnis (ob es umb erb ist) in solcher form: das erb, das P. angesprochen hat, das hab ich von N. gekaufft oder das hat mir P. gegeben oder ist mich angestorben von meinem Vater erblich zu besitzen und (? oder) hat mir das gegeben vor Richter und Schöppen, die nach der gabe gestorben seynd, d. m. G. h. u. a. h. Glosse zu Weichbild a. 96.

— Dat dit hus ader dit ghelt (wat he daran heft scal he benomen) min erve is und in mine wer komen is, als ek des to rechte gheneten scal: d. m. g. pp. Gslr. pg. 26 l. 1. Dist. I, c. 43 d. 4. cf. Gslr. pg. 25 l. 33 u. Dist. l. c. d. 3.

Mag man nun in diesen und ähnlichen Formeln ein faktisches Moment mehr oder minder hervorgehoben finden, so liegt ihnen doch in unverkennbarer Weise das Prinzip zu Grunde, daß der Eid nicht über einzelne rechtsbegründende Thatsachen geschworen wird, sondern daß er einheitlich das Recht d. i. das positive oder negative Urtheil der Parthei enthält. Das Urtheil der Parthei ist es also, das nach seiner Ableistung für wahr gilt, und diese Aner-

---

Gezeugniß angehören, für die Natur des Partheieides zu benutzen, wird die Lehre vom Gezeugniß darthun.

kennung der Wahrheit kann keinen andern Sinn haben als den, daß das Urtheil durch den geleisteten Eid zum entscheidenden wird.

Es ist klar, daß dieses Prinzip die ganze Entscheidung der streitigen Sache dem Gewissen der Parthei anheim gab. Es hatte keine andere Basis als das stärkste Vertrauen auf die sittliche Würde und Ehrenhaftigkeit des Mannes. Dagegen ist es aber auch natürlich, daß man den strengsten Maßstab an diesen Eid legte: „denn in welchem eid nicht wahrheit, redlichkeit und gerechtigkeit ist, dad ist kein eid, sondern ein meineid.“ — Gl. zu Sachsensp. II, a. 34. — Man fühlte sich gedrungen, auch von Seiten des Rechtes dem Eide gewisse bestimmtere Grenzen zu ziehen, und stellte so bestimmte Erfordernisse desselben auf.

Kaum einer Erwähnung bedarf es, daß bei der Eidesleistung, selbst wenn die Parthei — wie Frauen — mit einem Vormunde klagt, keine Stellvertretung stattfindet. — Gslr. pg. 53 l. 2. — Nur für Mündel unter ihren Jahren schwört der Vormund. Gslr. pg. 17 l. 35. Magdb. Fragen I, c. 8 d. 1.

Bedeutsamer ist schon der strenge Formalismus, den man bei der Ableistung des Eides einhielt. Die Formel des Eides, das Vorsprechen durch den Staber und das Nachsprechen der Parthei, das Stehen oder Knien des Schwörenden, das Auflegen der Finger und jeder kleinere Umstand war genau bestimmt. cf. Lehnrecht 66 §. 2. Richtsteig Lehnrs. 12 §. 4. Richtsteig Landrechts c. 32^b (pg. 59). c. 35 (pg. 74). Das Alles sollte das Bewußtsein der Eidesheiligkeit schärfen, das schlechte Gewissen erkenntlich machen. Daher wer bei der Eidesleistung zum vierten Male sich eine Regelwidrigkeit zu Schulden kommen ließ, verlor den Eid und den Prozeß. — Dist. IV, 43 d. 11. Leobsch. Stat. Böhme l. c. pg. 25 — und nur den Frauen schenkte man Nachsicht. — Dist. l. c. d. 13 [9]. — Daher

9. Statt man lies mait. Ortloff pg. 566.

hat selbst nach den Statuten, die die Eidesleistung auch in Abwesenheit der Gegenparthei fordern, diese Gegenparthei doch ein Recht darauf, daß der Eid in ihrer Gegenwart geleistet werde, und es wird die Eidesleistung verschoben, falls sie für den bestimmten Termin echte Noth anmeldet. — Gslr. pg. 79 l. 8 u. l. 21. — Denn der Nachweis der Regelwidrigkeit der Eidesleistung ist ihr ja die einzige Möglichkeit eines Gegenbeweises.

Das wichtigste Erforderniß aber des Eides, das freilich wiederum nur ein inneres Moment bildet, stellt der Grundsatz auf, daß man nur Das, was man in und an sich selbst durch sichere und unmittelbare Ueberzeugung erfahren hat, beschwören darf. Jeder Eid ist nur ein Wissenseid. „Denn der schweret nicht redlich, der da schweret, des er nicht weis." — Gl. Sachsensp. II, a. 34. — „Und wer denn in zweiffel schwert, der schwert ein maineid." Gl. Weichbild a. 67.

Die vornehmste Anwendung dieses Grundsatzes besteht darin, daß der Sachsenspiegel I, 6 §. 2 und mit ihm der Richtsteig c. 10 und das Görlitzer Landr. c. 46 §. 9 d. dem Erben des Schuldners schlechthin die Befugniß absprechen, die Schuld seines Erblassers abzuschwören. „Denn", sagt die Glosse zu Sachsensp. III, a. 31., „es ist recht möglich, das er von der schuld nicht wisse, die sein vorfaren gemacht hat." Nur wenn der Gläubiger den Erben ausdrücklich der Wissenschaft um die Schuld beschuldigt, kann dieser zum Eide gelangen. — Sachsensp. l. c. §. 3. — Aber der Eid richtet sich hier auch lediglich auf den Umstand, ob er von der Schuld wisse oder nicht. Er erscheint daher mehr als ein Calumnieneid, der den Beklagten zum Geständnisse bewegen soll, der aber freilich zugleich in der Hauptsache entscheidet. Denn hat sich einmal der Kläger seines Beweisrechtes durch jene Anschuldigung begeben und schwört der Beklagte seine Wissenschaft ab, so darf jener nicht etwa zu seinem Beweisrechte zurückgreifen, sondern die Sache ist zu seinen Ungunsten definitiv entschieden. — Magde-

burger Fragen II, c. 3 d. 3. — Von größerer Milde gegenüber dem Erben sind die andern, dem Sachsenspiegel verwandten Rechtsquellen. Schon das Lehnrecht a. 45.§. 2 gestattet dem Sohne das Gewedde, das dem Herrn auf seines Vaters Gut ertheilt ward, mit seinem Eide zu entreden. Und die Goslarischen Statuten — pg. 7 l. 18 — und mit ihnen die Dist. I c. 17 d. 10 bestimmen:

Uppe wen en erve irsterft de unse börghere nicht ne is, de scal — — der scult sic untsculdighen alse recht is. cf. Gslr. pg. 5 l. 22. Dist. I, c. 17 d. 5. Magdeb. Fragen I, c. 11 d. 1. — Aber wenn es ebendaselbst — pg. 7 l. 11 — weiter heißt:

Were aver de dode schult schuldig gebleven, de den erven u n w i t l i k were unde dar de erven nicht vore sweren e n w e l d e n, de schult möchte de kleghere behulden sülf dridde unbesprokener lüde to den hilgen.

so geht daraus hervor, daß man immerhin an dem Erfordernisse eines W i s s e n s eides festhielt und daß man es nur dem Gewissen des Erben anheimgab, ob er sich zu einem solchen entschließen dürfe oder nicht. Und ebenso sind auch die Bestimmungen der Magdeburger Fragen II, c. 3 d. 1—3 zu verstehen, die bei „Schuld nach todter Hand" regelmäßig dem Kläger den Eid zuerkennen und nur, wenn sich der Erbe dazu erbietet, dessen Eid selbsieben gestatten. S. besonders ibid. II, c. 2 d. 11.

Wie diese theils äußerlichen theils inneren Erfordernisse des Eides denselben in gewisse Schranken wiesen, so bildet dieser ferner auch für die Parthei, der er zuertheilt ward, eine strenge Verpflichtung. Es standen sich bis zu dem Augenblicke der Ertheilung des Eides die Behauptungen, die Urtheile beider Partheien als vollkommen gleichberechtigt gegenüber. Erst der Eid soll dem einen Urtheile den Sieg über das andere gewähren, indem er jenem die entscheidende Kraft verleiht — aber er ist auch Bedingung dieses Sieges. Denn wenn die Parthei, der der Eid zuertheilt ist,

diesen nicht leistet, so kann sie nicht allein die erforderliche Garantie ihrer Wahrhaftigkeit nicht erbringen, sondern es liegt darin auch ein Aufgeben ihres Urtheiles gegenüber dem entgegengesetzten des Gegners, da der Eid in solenner Weise nur ihr gesprochenes Wort wiederholt. Das Urtheil des Gegners muß also in solchem Falle zur vollen Wirkung gelangen und zwar auch ohne weitere Gewähr, da ihm ein Gegner nicht mehr vorhanden ist. Aus diesem Gesichtspunkte erklären sich die Bestimmungen der Contumaz bei der Eidesleistung.

Es bestimmt nämlich der Sachsensp. II, 11 §. 1:

Sve so aver eide lovet vor scult unde ne listet he ir nicht to rechter tiet, he is an der scult gewunnen, dar die eide vore gelovet waren, it ne neme ime echte not, die man bewise. cf. Görlitzer Landr. c. 46 §. 5. a. Dist. IV, c. 43 d. 9.

Ja es entsteht durch die Zuertheilung des Eides, falls dessen Leistung für einen spätern Termin gelobt wird, ein selbständiges obligatorisches Recht des Gegners auf diese Leistung, das nicht mehr nach den prozessualischen Regeln über den Eid beurtheilt wird. Denn während dieser regelmäßig weder von Erben noch Dritten geschworen werden kann, so bindet doch jenes von der Parthei gegebene Versprechen sowohl die Erben als die etwaigen Bürgen. Diese müssen den gelobten Wissenseid schwören oder sie müssen zahlen.

Sachsensp. III, a. 11: Sve aver vor eide burgen sat, stirft he er denne he die eide dun solle, sin erve oder sin burge mut die eide dun vor ine to geloveder tiet, oder die scult is uppen borgen gewunnen, dar die eide vor gelovet waren. Dist. IV, c. 38 d. 2.

Gslr. pg. 6 l. 21: We ede lövet binnen bundener tit, sin erve scal de don of he sterft, of men de von ime eschet: oder he is der scult vorwunnen.

Auf der andern Seite kann natürlich auch der Gegner der be-

weisenden Parthei sein entgegengesetztes Urtheil freiwillig aufgeben. Das geschieht am prägnantesten da, wo er den Eid der Parthei erläßt. Damit spricht er eben aus, daß ihm gegenüber das Urtheil der Parthei keiner weitern Garantie bedürfe, das heißt er bekennt. Daher sagt der Sachsensp. II, 11 §. 2:

Is de man rede to lestene sinen eid, den he gelovet hevet, to rechter tiet, unde ne wel es jene nicht, oder n' is he dar nicht dar man ine dun sal, des eides sal he ledich sin u n d e d e r s c u l t, dar he den eid vore lovede, of he des getüch hevet.

Aber es ist ferner natürlich, daß man dann, wenn der Gegner ohne echte Noth im Eidestermin nicht erscheint, annimmt, er wolle sein Urtheil gegenüber der beweisenden Parthei nicht aufrecht erhalten. Und so bestimmen denn Sachsensp. l. c. und Dist. IV, c. 43 d. 6: der um Schuld Beklagte solle auch dann des Eides und der Schuld ledig sein, wenn der Kläger im Eidestermine nicht erscheint. Doch weichen die Goslarischen Statuten von dieser strengen Ansicht ab:

Scal en enne edh don to bescedener tid, ne kumt de kleghere nicht to rechter tid — so do he den edh mit witscap des richteres unde der dinglüde unde si der sake ledich unde los, dar de edh vore ghelovet was. pg. 79 l. 21. cf. ibid. l. 8.

Mögen nun auch nach dem Gesagten diese seine Erfordernisse den Eid beschränken, diese seine Leistung sich als eine strenge Verpflichtung darstellen, immer bleibt es seine Tendenz, dem Urtheile der Parthei diejenige Garantie hinzuzufügen, durch welche dasselbe seine entscheidende und siegende Kraft empfängt. Und unter diesem Gesichtspunkte ist seine Erschwerung und die ihm entsprechende Pflicht doch immer nur Consequenz des Grundsatzes, daß er ein Recht, daß er das höchste Recht der Parthei sei.

§. 6.

Der Eid als Ordnungs-, Sicherungs- und Bescheinigungs-Mittel.

Der Eid hat nicht nur die Function eines Beweismittels, um in streitigen Rechtssachen eine Entscheidung herbeizuführen, sondern die Leichtigkeit und Beweglichkeit seiner Anwendung läßt ihn überall da gebrauchen, wo es im oder bezüglich eines Prozesses der Ordnung, Sicherung oder blosen Bescheinigung bedarf.

Gerade das mündliche Verfahren vor Gericht bedarf mehr als jedes andere großer Präcision und strenger Ordnung. Es widerstrebt seinem Wesen, daß sich eine Sache von Tag zu Tag verschleppe. Jeder böswilligen oder leichtfertigen Handlung der Partheien, die die Entscheidung verzögert oder nur erschwert, muß schnell gesteuert werden. Rührigkeit und guter Wille muß bei jedem Theilnehmer herrschen. Neben vielen drohenden Bußen und Gewetten giebt nun der Eid ein Zwangsmittel an die Hand, das dieser Ordnung und Schnelligkeit des Prozesses durch Aufdeckung jeder böslichen Absicht förderlich sein soll.

Wir finden ihn in dieser Anwendung in überaus zahlreichen Fällen. So schwört der aus dem Umstande Aufgerufene, daß er das gefragte Urtheil nicht finden könne — Sachsensp. II, 9 §. 7. — daß er zum Vorsprechen unfähig sei — Rchtstg. c. 2 (pg. 11 l. 1) — die Parthei, daß sie ihren rechten Vormund zur Klage nicht stellen könne — Sachsensp. I, 48 §. 2 — daß sie ihre Forderung nicht näher begründen könne — Dist. III, c. 10 d. 1 — daß sie keine Bürgen habe — ibid. c. 15 d. 1 — daß sie beim Hereinziehen des Gewehren in den Vindikationsprozeß „ziehe zu rechter Zucht" — Sachsensp. II, 36 §. 5. cf. Magdeb. Fragen I, c. 13 d. 1. — daß sie die Wiederklage nicht aus Bosheit anstelle — Gslr. pg. 74 l. 12 —, der Bürge, daß er die Parthei überall gesucht habe, um sie zu stellen — Gslr. pg. 89 l. 15 — u. s. w. Hierher gehört ferner, daß der Eid häufig die Stelle einer Caution vertritt, z. B.:

dat he de ware eweliken in allen steden holden wille. — Gslr. pg. 81 l. 34. — das her nicht entwichin welde. Dist. III, c. 13 d. 5.

Hierher gehört endlich noch die Stelle des Sachsensp. II, 22 §. 5:

Tiüt en men sines getüges uppe den selven men, uppe den die getüch gat, die sal durch recht segen bi sime ede, wat eme wetelik dar umme si, oder untseggen dat he dar umme nicht ne wete. Vulkumt jene sines getüges mit eme denne over ene selven, he ne bedarf over ene nerres getüges mer; he mut san dar umme deme richtere gewedden, unde jeneme geven sine bute alse he eme solde, of he mit getüge nicht vulkomen ne were; wende he ene to getüge brachte weder rechte unde weder sine witscap.

Denn dieser Eid, den der Gegner des Beweisführers zu schwören hat, soll offenbar nur dazu dienen, diesen zum Geständniß zu bringen, die Weitläufigkeit des Gezeugnisses womöglich zu ersparen und so den Prozeß schnell zu beenden. So versteht diesen Eid auch die Glosse, denn sie läßt ihn nur unter der Bedingung eintreten:

hettestu ein ding gethan und werest so frevel, das du des nicht bekennen wolltest.

In allen diesen und ähnlichen Fällen hat also der Eid die Function desjenigen, den wir den Gefährdeeid im weitesten Sinne zu nennen pflegen.

Diesem seiner Tendenz nach nahe verwandt ist eine andere Anwendung des Eides, die sich anderseits wesentlich dadurch von ihm unterscheidet, daß die Gefährde nicht innerhalb eines laufenden Prozesses von der prozessualischen Handlungsweise fern gehalten werden soll. Vielmehr betrifft er solche Handlungen, die unter gewissen Umständen und doloser Weise vorgenommen den Interessenten an ihren materiellen Rechten einen widerrechtlichen

Nachtheil verursachen können, und er wird gerade darum von dem Handelnden gefordert und geleistet, um einen zukünftigen Prozeß zu vermeiden und sofortige Sicherstellung zu gewähren. Hierhin gehören unter andern folgende Fälle: Der Eigenthümer darf ohne Einwilligung der Erben Erbgut verkaufen, wenn er beschwört: »dat it ime lives not do« — Gslr. pg. 26 l. 40. Magdeburger Fragen I, c. 12 d. 8 —; die Frau darf ohne Einwilligung des Mannes ihr eingebrachtes Erbgut oder erworbenes Gut und umgekehrt der Mann die Leibzucht der Frau veräußern, wenn sie dem Gerichte zu wissen thun und beschwören: »das isz libes nod sy« — Dist. I, c. 47 d. 9 u. 10 —; der Zinsmann darf sein Gut aufgeben, wenn er mit seinem Eide erhärtet: dat he den tins nicht leng von armude gheven müghe — Gslr. pg. 22 l. 39 —; die Erben können verlangen, daß ihr Erblasser, der ein Geständniß zum Nachtheil jener und zu Gunsten eines Dritten vor Gericht abgelegt hat, zugleich mit diesem Dritten beschwöre: »wur vore unde wur af dat were, unde dat dar nen vrevel unde nen unrechte mede ne were« — Gslr. pg. 6 l. 8 —. Man möchte die so angewandten Eide als Gefährdeeide im Gebiete des materiellen Rechtes bezeichnen, denn auch sie dienen dazu, eine etwaige widerrechtliche Absicht aufzudecken und dadurch die Interessenten vor Benachtheiligung sicher zu stellen.

Diese beiden Arten des Gefährdeeides fallen zwar im Allgemeinen unter den Begriff der Bescheinigung, insofern man unter dieser überhaupt jede Gewähr für einen widersprochenen Umstand versteht. Aber sie unterscheiden sich von dieser, in einem engern Sinne genommenen, doch dadurch, daß in ihnen die Tendenz der Ordnung und Sicherstellung waltet und daß sie nicht nothwendig einen Streit um Rechte oder überhaupt keinen formellen Prozeß voraussetzen. Die Bescheinigung im engern Sinne dagegen soll allerdings ein Recht oder eine rechtlich relevante Thatsache in einem Rechtsstreite feststellen; nur unterscheidet sie sich dadurch von

dem strengen Beweis, daß der Gegner nicht direkt widerspricht und schlechthin verneint, sondern nur zweifelt, nicht traut. Auch dieses Bescheinigungsmittel bildet der Eid. So beschwört der Herr, daß er Eigenthümer des Leibeigenen sei — Sachsensp. II, 19 §. 2 —, der Schöffenbare seine Schöffenbarfreiheit — Sachsensp. III, 29 §. 1 cf. Glosse zu Weichbild a. 33 —, der Zeuge im Lehnrecht, daß er Lehnsmann des Herren sei und gehuldigt habe, of he's (der Gegner) nicht getrüwen ne wel — Lehnr. 24 §. 6. 47 §. 1 —, das Kind, es sei jetzt zu seinen Jahren gekommen, »of die herre ok nicht getrüwen ne wel«, — Lehnr. 26 §. 3. — Und zwar tritt hier überall der alleinige Eid ein, während in denselben Fällen, falls ein strenger Beweis erfordert würde, das Gezeugniß stattfinden müßte.

Wenn nun auch der Eid in diesen Anwendungen seiner innersten Natur nach ein und derselbe ist, so weicht er doch in vielen Beziehungen von dem Eide, als streng formellem Beweismittel, ab. Es ist klar, daß hier der Eid, weil er nicht den Zweck hat eine streitige Rechtssache zu definitiver Entscheidung zu bringen, weil er nicht ein gleich berechtigtes und gleich bestimmtes, entgegengesetztes Urtheil zu überwinden hat, die charakteristischste Eigenschaft des Beweismittels, wonach er ein Recht der Parthei ist, in den Hintergrund treten läßt. Vielmehr erscheint er da, wo er ordnen und sichern soll, als eine einfache Verpflichtung. Es ist ferner klar, daß diese Anwendungen des Eides nicht nach festen und bestimmbaren Regeln vor sich gehen, sondern daß für sie nach Lage der Sache die Billigkeit und Nützlichkeit entscheidet. Gerade aus diesen Gründen aber war es nothwendig, auf die leichte und schwankende Verwendbarkeit des Eides aufmerksam zu machen, wenn nicht die Erkenntniß derjenigen Regeln, die den streng formellen Beweis beherrschen, dadurch verdunkelt werden sollte.

II.

Das Gezeugniß.

§. 7.

Wir finden im Beweisverfahren neben der Parthei dritte Personen thätig, deren zeugende Aussagen zur Entscheidung der streitigen Sache beitragen. Man hat in mannigfaltigen Schwankungen versucht, in ihnen bald Eideshelfer, bald Zeugen, bald eine Mischung beider Elemente zu entdecken. Wir betrachten es in unserer Beschränkung auf einen bestimmten Quellenkreis und auf den bürgerlichen Prozeß nicht als unsere Aufgabe, in dem getüch des Sachsenspiegels einen Gegensatz zu constatiren, dessen Präcisirung — so scheint es — nur mit Hilfe des gesammten älteren und zum germanischen erweiterten Rechtsstoffes möglich ist. Wir halten uns im Gegentheile zu dem Versuche berechtigt, das Institut der Gezeugen des sächsischen Civilprozesses als eine Einheit zu erfassen und so dessen rechtliche Natur zu bestimmen. Für diesen Zweck sind es zwei Fragen, die wir aufzuwerfen haben:

1) welche selbständige Function haben die Gezeugen?
2) in welchem Verhältnisse steht ihre Thätigkeit zur Thätigkeit der beweisenden Parthei?

Die Beantwortung beider Fragen schließt sich am natürlichsten an die Untersuchung über den Inhalt und über die Art und Weise desjenigen Eides an, den die Gezeugen zu leisten haben. Denn wie im Beweisverfahren die Behauptungen der Parthei nur durch deren Eid, so erlangen auch die Aussagen der Zeugen nur durch Leistung ihres Eides irgend welche relevante Kraft:

Von rechte sal kein geczug sin wen under gesworn eyden. Dist. IV, c. 47 d. 17.

Für diesen Gezeugeneid nun finden sich in dem den Sachsen-

spiegel umgebenden Quellenkreise drei verschiedene Formen ausgebildet.

Die erste Form besteht darin, daß die Gezeugen, nachdem die Parthei vor ihnen über das Beweisthema geschworen hat, lediglich die Glaubwürdigkeit dieses Eides beschwören. Die Formel des Eides lautet hier einfach:

Den eyt, den N gesworn hoth, der ist rein und unmein a. u. g. h. u. a. h.

Es ist zu bemerken, daß sich diese Eidesart über alle Theile des Rechtssystemes verbreitet. Die Goslarischen Statuten — pg. 98 l. 19 — und die Distinctionen — IV, c. 42 d. 3 — gewähren sie für die Vindikation beweglicher Sachen, die Glosse zum Weichbild — a. 96 — für die von Immobilien, die Leobschützer Statuten für die Zahlung — Böhme, dipl. Beiträge II, pg. 11 —, das von Magdeburg an Görlitz mitgetheilte Recht ao. 1304 art. 139 für obligatorische Schädenansprüche in dem Falle, wenn nach einer besondern Entwickelung des Beweisrechtes der Kläger zum Beweise seines Anspruches mit Gezeugen gelangt — (Gaupp, Hallisches und Magdeburgisches Recht pg. 319). — Ganz allgemein endlich und, wie es scheint, als überall verwendbar stellen diese Formel auf die Magdeb. Fragen III, c. 9 dist. 5.

Die zweite Form des Gezeugeneides behält dieselbe Reihenfolge der Eide bei. Auch hier beschwört zuvor die Parthei das einheitliche Beweisthema und dann erst schwören die Gezeugen, so jedoch, daß genau das Beweisthema der Parthei den Inhalt auch ihres Eides bildet. Wenn daher die Parthei geschworen hat: „das erb, das P angesprochen hat, das hat mir P gegeben d. m. G. h. u. a. h.", so schwören die Gezeugen:

die gab, die N mit seinem eyd beweiset hat, die ist recht und redlich geschehn a. m. G. pp. Gl. zu Weichbild a. 96 [9a].

9a. Die Glossenstelle läßt ausdrücklich die Wahl zwischen dieser Art des Zeugeneides und dem über das Reine und Unmeine des Partheieides.

oder wenn der Beklagte bei der Ansprache eines Pferdes Selbsterziehung behauptet:

her sal sweren czuvor, das her das pferd von jugend geczogen habe und das is noch sin sei, und siner geczuge czwene sullin swerin, das in das wissintlich si, das her das pferd von jugend geczogin habe und das is sin sey d. i. g. h. u. d. h. Schöffen-U. Böhme l. c. VI, pg. 99. Kulmisches R. III, a. 129. oder:

Als Jacoff eyne sune zu mir geclagt hat umb XX fl., die sune hab ich gehaldenn und hab ym XX fl. vorgulden d. m. g. h. u. a. h. Und dann dy geczeugen, das N dy sune gehalden und N XX fl. an golde gegulden hat, das habenn wir gehort und gesehenn d. u. g. h. u. a. h. Weichbild (Thüngen) a. 355.

Die dritte Form des Gezeugeneides endlich bietet uns der Sachsenspiegel III, a. 88 §. 5:

Suelkes getüges aver en man vor gerichte oder jegen dat gerichte vulkomen sal, it si umme gut oder umme gewere, dat sal sin getüch vore secgen bi deme eide unde he sal it selve na sveren.

Hiernach ist also die Reihenfolge der Eide eine umgekehrte, erst schwören die Zeugen und dann erst die Parthei. Im Uebrigen jedoch sind wir nach Analogie und nach der Fassung der Stelle selbst berechtigt anzunehmen, daß auch hier das Thema des Eides den Zeugen und der Parthei ein gleiches und daß die Natur des Beweisthema's eine unveränderte sei. Bemerkenswerth aber ist es, daß nicht allein der fragliche Artikel des Sachsenspiegels ein späterer Zusatz ist, der sich weder in den älteren Handschriften findet noch mit irgend welcher Glosse versehen ist, sondern daß auch gerade der angezogene Paragraph in keine andere verwandte Rechtsquelle, insbesondere nicht in das Schlesische Landrecht ao. 1356,

das doch die unmittelbar vorhergehenden §§ enthält, übergegangen ist. Gaupp., Schlesisches Landrecht pg. 192.

I. Ziehen wir nun diese verschiedenen Arten des Verfahrens beim Gezeugeneide für die Beantwortung jener beiden Fragen in Betracht, so ergiebt sich zunächst für die erste, daß die Stellung und Function der Gezeugen im Beweisverfahren eine genaue Analogie bilde zur Stellung der Partheien im prozessualischen Verfahren überhaupt. Auch die Gezeugen haben der Tendenz und dem Resultate nach nicht die Aufgabe, über einzelne faktische Vorgänge Aussage zu thun, damit sie das Gericht nach objektiven logischen Regeln für den Beweis und für seine entscheidende unpartheiische Ueberzeugung verwerthen könne. Vielmehr sprechen die Gezeugen selbst ein Urtheil, sei es nun zunächst über die Glaubwürdigkeit des Partheieides, sei es, daß ihr Eid sich richte auf das Beweisthema selbst, welches als ein einheitliches ein Urtheil enthält. Und zwar geht die Tendenz dieses Urtheiles mittelbar oder unmittelbar dahin, über das Recht der beweisenden Parthei eine Entscheidung zu bewirken und somit das entgegengesetzte Urtheil der Gegenparthei zu entkräften, zu besiegen.

Aus diesem Charakter der Gezeugen entwickeln sich naturgemäß diejenigen Grundsätze, die über die Fähigkeit der Gezeugen im Allgemeinen und über die Zulässigkeit des einzelnen Gezeugen im einzelnen Falle entscheiden.

Es lag auf der Hand, daß man zunächst alle Diejenigen vom Gezeugniß ausschließen mußte, denen ein reifes Urtheil fehlte. Kinder „binnen ihren Jahren" also, Thoren und sinnlose Menschen waren schlechthin unfähig. — Gslr. pg. 93 l. 8. Dist. IV, c. 46 d. 12 u. 16. — Und wenn der Beweis mit Gezeugen eine höhere Garantie bieten sollte als der Eid der Parthei, so war es natürlich, daß man auch das eigene Interesse des Gezeugen an der Sache in Betracht zog und hier eine Verdunkelung der Urtheilsfähigkeit durch dasselbe annahm. Erkaufte Zeugen daher

waren unzulässig, ja sie bewirkten den Verlust der Sache für den Käufer. — Dist. I. c. d. 13. Privileg Friedrichs II. für Goslar, Göschen pg. 112 l. 20. — Ebenso das Brodgesinde — Gslr. pg. 93 l. 12 — und regelmäßig auch Verwandte; doch finden wir von diesen nur Väter, Söhne und Brüder ausdrücklich erwähnt. — Magdeburger Fragen I, c. 9 d. 6. Dist. l. c. d. 12. Kulmisches Recht III, 38^{d}. — Ja schon dann nahm man ein ausschließendes Interesse an, wenn ein Mann sich ungefragt zum Gezeugniß erbot. — Sachsensp. III, 37 §. 2. Richtsteig Landrs. c. 8 (pg. 18 l. 1). Görlitzer Landr. 47 §. 13.

Weil aber ferner ein mittelbares oder unmittelbares Urtheil über ein Recht, das in einer gewissen Rechtsgenossenschaft Geltung haben sollte, nur demjenigen zugeschrieben werden konnte, der selbst in ihr lebte, und weil der Gegner des Beweisführers fordern durfte, daß seine entgegenstehende Behauptung nicht dem Urtheil eines solchen weichen müsse, der ihm ungleich war an rechtlichem Werth und öffentlicher Stellung, so gelangte man zu dem Grundsatze, daß über Rechte, die in genauer Beziehung standen zu einer bestimmten rechtlichen Genossenschaft, nur der vollkommene Theilhaber an dieser Gezeugniß ablegen konnte. Daher zeugten im Lehngerichte in Bezug auf l e h n r e c h t l i c h e Verhältnisse — Lehnr. 74 §. 2 — nur Mannen des richtenden Herren, die ihm gehuldigt hatten und am Heerschilde standen. — Lehnr. 3. 47 §. 1. 2 §. 2. — Daher war im Landrecht unbedingtes Erforderniß der Gezeugenfähigkeit V o l l k o m m e n h e i t a n a l l e n R e c h t e n.

Nymant mag geczug sin, he sy denne vulkomen an syme rechte. Dist. IV, c. 46 d. 11. Gslr. pg. 93 l. 3. Sachsensp. II, 36 §. 4. III, 28 §. 1.

Eigene Leute also — Gl. zu Sachsensp. III, a. 32 —, Mönche, Juden, Kebskinder und Alle, die sich durch ihre Verbrechen recht- und ehrlos gemacht hatten, waren schlechthin ausgeschlossen. — Gslr. pg. 93 l. 5 ff. Dist. l. c. d. 12. — Da ferner, wo das

Streitobjekt in genauer Beziehung stand zu einer engern Rechtsgenossenschaft, forderte man von den Gezeugen auch Theilhaben an dieser: bei Prozessen um Grundeigenthum nämlich eingesessene Leute desselben Gerichtes. — Dist. IV, c. 47 d. 4. Weichbild a. 104. — Aber auch Weiber konnten regelmäßig ein Gezeugniß nicht vollführen; denn waren sie auch an und für sich vollkommen an ihrem Rechte, so war doch ihre äußere Wirksamkeit eine geschmälerte und man maß ihnen deshalb nicht die Kraft bei, in fremder Sache und an öffentlicher Gerichtsstelle ein entscheidendes Urtheil abzugeben. Gslr. pg. 93 l. 9. Magdeb. Fragen II, c. 2 d. 10. cf. Kulmisches Recht III, 76.

Ja zu dem Allen kommt noch, daß der Sachsenspiegel für alle die Rechtsverhältnisse, die nur unter Königsbanne gerichtet werden können und bei denen er am Prinzipe der Ebenbürtigkeit überhaupt festhält — II, 12 §§. 2. 3 —, von der Regel ausgeht, daß der Sachse nur das Gezeugniß eines ebenbürtigen Mannes über sich ergehen zu lassen brauche. Bei Streitigkeiten um Grundeigenthum fordert er daher Schöffen oder schöffenbare Leute — II, 43 §. 1. 44 §. 3 — bei solchen um Standesrechte Genossen des Gegners des Beweisführers — II, 22 §. 3 — und spricht noch allgemeiner die Regel aus in III, 19:

Doch mut des rikes dienstman over den scepenbaren vrien men noch ordel vinden noch getüch wesen, dar't ime an den lief oder an sin ere oder an sin erve gat.

So wurde die Fähigkeit der Gezeugen im Allgemeinen bestimmt nach der Fähigkeit ein Urtheil zu haben und nach der Fähigkeit dasselbe in einer bestimmten Rechtsgenossenschaft und gegenüber einem bestimmten Gegner zur Geltung bringen zu können. Aber natürlich stellte man noch besondere Anforderungen an den an und für sich fähigen Gezeugen, wenn derselbe über ein einzelnes concretes Rechtsverhältniß Gezeugniß ablegen sollte. Auch hier sind diese Anforderungen ganz analog denjenigen, die man

an die Parthei stellte, wenn sie zum Eide gelangen wollte; auch hier verlangt man auf eigene Ueberzeugung gegründetes Wissen. Auch der Gezeugeneid ist streng ein Wissenseid. Ueberall da, wo die Quellenzeugnisse nicht blos jene allgemeine Fähigkeit urgiren und genauer sprechen, heben sie dies Erforderniß hervor, sei es nun, daß schlechthin Gezeugen genannt werden, »die dat weten, vor war weten, den es wissentlich ist« — Sachsensp. II, 36 §. 4. Lehnr. 5 §. 2. Richtsteig Lnrs. c. 47 (pg. 97). Gslr. pg. 100 l. 2 u. s. w. — oder solche Leute, von denen man das Wissen um die streitige Frage voraussetzen muß, wie die nachpawrenn obirthalbene und inderthalbenn bei der Vindikation — Weichbild, Thüngen a. 88. Sachsensp. II, 36 §. 3. Dist. IV, c. 9 d. 4 pp., — oder wie die Zinsleute beim Streite um Zinsgut — Weichbild ibid. a. 58., — wie die Genossen einer gewissen Lebensweise, um personenrechtliche Zustände zu entscheiden — Sachsensp. I, 25 §. 3. III, 32 §. 9. — Ja ein so starkes Gewicht legte man auf das Wissen der Gezeugen, daß man, wie es scheint, gerade um dieses Erfordernisses willen die allgemeinen Regeln der Fähigkeit durchbrach und die Verwandten des Beweisführers in solchen Verhältnissen zuließ, um die sie am besten wissen mußten, d. i. in Streitigkeiten um Verwandtschafts-, Geburts- und Standesrechte.

Magdeb. Fragen I, c. 9 d. 6. Were aber das jemandt seine geburt oder sein echte gezeugen soll, dem mag ein jglicher seiner mage und auch andere biderleut wol helffen. cf. Sachsensp. III, 32 §§ 4. 5. 9.

Sogar Weiber erklärte man deshalb für befähigt in dem Falle, wo es sich um die lebensfähige Geburt eines Kindes handelte. Sachsensp. I, 33. Gslr. pg. 13 l. 5. Dist. I, c. 21 d. 2. Magdeb. Fragen I, c. 9 d. 3.

Trotzdem aber scheint es als eine Verschärfung des Gezeugnisses, die nur in bestimmten einzelnen Fällen eintrat, angesehen

werden zu müssen, wenn wir auch eine bestimmte Erkenntnißquelle des Wissens gefordert finden. So ein Sehen: — Sachsensp. I, 25 §. 3. III, 4 §. 1. II, 54 §. 6., — ein Sehen und Hören — Sachsensp. I, 33. 54 §. 4. 65 §. 4. II, 6 §. 2 — oder die unmittelbare Gegenwart bei der streitigen Handlung: Weichbild, Thüngen 43. Gslr. pg. 8 l. 20. Dist. I, c. 14 d. 9. c. 5 d. 3.

Gerade an diese Bestimmungen schließt sich nun eine weitere Frage an, die für die Stellung der Gezeugen im prozessualischen Verfahren von höchster Wichtigkeit ist, die Frage nämlich, ob und in wieweit das Gericht und die Gegenparthei berechtigt war, die Gezeugen wegen ihrer Fähigkeit im Allgemeinen, insbesondere aber wegen des geforderten Wissens einer besondern Prüfung zu unterwerfen? Die Beantwortung dieser Frage, die der Sachsenspiegel selbst ganz übergeht, ist in den Rechtsquellen eine schwankende. Die Magdeburger Schöffen urtheilen darüber folgendermaßen:

Magdeb. Fragen I, c. 15. d. 5: Ob ein man gezeugnus thun mag selbsibend oder selbdritte, wie im des geteilt wirt, ob der richter und die schöpffen die gezeugen sondern mögen und jeglichen besonder fragen, was in von den sachen wissentlich ist und an in erfaren, ob die gezeugnus, die sie füren sollen, rechtfertig seien? Hierauff sprechen wir für recht: Etliche sprechen, das etliche sachen seien, da man die gezeugen fürbringen mag und sie fragen, wo von in die sache wissentlich sey, als umb vergoltene schuld oder desgleichen. So sind auch sachen, da man die gezeugen nicht fragen darff, als der kleger auf seinen verfesten mann, wenn er die vorfestung erzeuget, so schweret er, das er der sache schüldig sey, so sollen seine gezeuge schweren, das sein eyd sey rein und nicht unreine. In solchen worten oder sachen oder dergleichen soll man die gezeugen nicht fragen. (Dasselbe Urtheil bei Böhme dipl. Beitr. VI (pg. 153).

Bemerkenswerth muß es hier zunächst erscheinen, daß in der fraglichen Beziehung überhaupt eine besondere Entscheidung der Schöffen als nothwendig erschien; bemerkenswerther noch die Unsicherheit dieser Entscheidung selbst. Die Worte: »Etliche sprechen, das etliche sachen seien« verzichten deutlich auf die Möglichkeit, eine Rechtsregel von durchgreifender Geltung in dieser Beziehung aufstellen zu können. Betrachten wir ferner das Materielle der Entscheidung, so stellt sie „vergoltene Schuld und desgleichen" und die „Verfestung oder dergleichen" sich gegenüber und der erste Blick mag hier eine einfache Unterscheidung zwischen Civil- und Criminalsachen finden. Allein diese Unterscheidung selbst scheint doch auf einem höhern Gesichtspunkte zu beruhen, der sich in der allgemeineren Regel ausspricht, daß überall da, wo sich der Eid der Gezeugen auf das Reine und Unmeine des Partheieides bezieht, die Gezeugen um ihre Wissenschaft nicht befragt werden sollen, daß aber eine solche Befragung überall da stattfinden müsse, wo der Ausspruch der Gezeugen sich unmittelbarer auf das materielle Beweisthema selbst bezieht. Für diese Auffassung spricht der Ausdruck »in solchen »worten« — soll man die gezeugen nicht fragen«, der unmittelbar auf die Eidesformel, daß sein Eid sei reine und unmeine, folgt; für sie spricht die Natur der Sache. Denn wollte man bei dieser Eidesformel eine Befragung der Gezeugen über das, „was und wovon ihnen die Sache wissentlich sei," fordern, so würde diese theils zu wenig theils zu viel geliefert haben. Zu wenig, denn man forderte ja von den Gezeugen ein moralisches Urtheil über den Eid der Parthei, das doch nicht blos den einzelnen zu beschwörenden Punkt, sondern die gesammte Persönlichkeit des Schwörenden in das Auge fassen sollte. Zu viel, denn man forderte ja von ihnen nicht ein Urtheil über das Materielle der Sache, sondern nur über die subjektive Wahrhaftigkeit des geleisteten Partheieides. Will man daher nicht voraussetzen, daß die Function und die Aufgabe der Gezeugen im pro-

4 *

zessualischen Verfahren von Anfang an dem Wortsinne ihres Eides widersprochen habe; so gelangt man zu dem Resultate, daß bei der fraglichen Art der Eidesformel eine Befragung der Zeugen wegen des Materiellen der Streitsache unnütz und darum unstatthaft war. Wenn wir nun aber oben gesehen haben, daß nach vielen Rechtsquellen auch im Civilrechte die Gezeugen schwören, der Eid der Parthei sei rein und unmein, so müssen wir eben für diese Rechtsquellen annehmen, daß, so lange als die Stellung der Gezeugen dem Sinne ihres Eides entsprach, auch im Civilprozesse eine Befragung der Gezeugen um das, was ihnen von der Sache wissentlich sei, nicht stattfand. Wir müssen umgekehrt annehmen, daß eine solche Befragung der Gezeugen dann und da stattfand, wo der Gezeugeneid unmittelbar auf das materielle Beweisthema selbst sich richtete oder wo der Wortsinn jener Eidesformel der Function der Gezeugen nicht mehr genau entsprach.

Bestimmter als dieses Schöffenurtheil lautet die Glosse zu Sachsensp. II, 22 §. 4:

Auch vernim den text, dar er spricht fragen, das man sol 21 mann fragen umb die gezeugen, ob sie all rechtfertig leut sein und vollkommen sein an irem rechten, ungeachtet, unverfest und unverbannt. Denn diese mag man zu gezeugen vorlegen. Oder auch also der richter soll die gezeugen fragen umb die zeit, umb die statt und ob sie es haben gesehn und gehört, das sie gezeugen wöllen und manches anders dinges, das ich dir hie nich alles gesagen kann —

und sie bietet Veranlassung zu der sich aus der Natur der Sache ergebenden Annahme, daß man sich gerade da, wo man einen bestimmten Erkenntnißgrund für den Wissenseid der Gezeugen erforderte, am entschiedensten zu einer Befragung der Gezeugen gedrängt fühlen mußte.

Am bestimmtesten endlich spricht der Richtsteig Landrechts c. 8 (pg. 18 l. 6):

Wenn die getzewgen gegen »dieben« [10] getzeugen wollen, so sprich: Herr richter, ich pit eins urteils, ab sie icht vor sagen sullen, was ader wie sie zewgen wollenn, und wo von in wiessenlich sey? Das sullen sie in diesen sachen vor sagen und dann darnach swerenn.

Betrachten wir nun die Verschiedenheit der Wirkung, die eine solche Befragung oder Nichtbefragung der Gezeugen auf deren Stellung im prozessualischen Verfahren ausübte, so ist es diese. Da wo die Gezeugen schworen, daß der Eid sei reine und unmeine, und wo daher eine Befragung nicht stattfand, war ihre Stellung gegenüber dem Gerichte eine viel freiere und selbständigere. Zwar hatte auch hier das Gericht auf Anregung der Gegenparthei eine Cognition darüber, ob den Gezeugen jene allgemeine Fähigkeit beiwohnte. Aber ob die Gezeugen im einzelnen Falle ein zu seinem Theil entscheidendes Urtheil über die Moralität des Partheieides abzugeben sich getrauten — das war lediglich ihrem eigenen Gewissen anheimgegeben. Da jedoch, wo eine Befragung der Gezeugen stattfand, forderte das Gericht selbständig oder unter Mitwirkung der Gegenparthei Rechenschaft nicht blos über ihre Fähigkeit im Allgemeinen, sondern auch über die Quelle und die einzelnen Fakta ihres Wissens um die streitige Sache, und hiernach traf es eine Entscheidung, ob sie zu dem erbotenen Eide zu lassen seien oder nicht. Trotzdem aber ist auch hier daran festzuhalten, daß das Gericht eben lediglich über die Fähigkeit der Gezeugen im einzelnen Falle nach Maßgabe ihrer Aussagen entschied. Es durfte lediglich prüfen: „ob die gezeugnus, die sie füren sollen, rechtfertig seien“: „ob man diese zu gezeugen vorlegen mag“. Die Frage des Grades und der Quelle des Wissens war immer nur eine Frage der Fähigkeit. Nichts

---

10. Corrumpirt; es ist vorher nur von dem Beweis der Zahlung die Rede; es soll offenbar heißen: gegen dich.

mehr, nichts weniger. Daran ist festzuhalten, daß das Gericht die gethanen Aussagen der Gezeugen niemals als Material betrachten durfte, um darauf hin eine selbständige Entscheidung in der streitigen Sache selbst fällen zu können. Diese Entscheidung vielmehr, soweit sie überhaupt durch das Gezeugniß bewirkt wurde, lag prinzipiell immer bei den Gezeugen. Denn nach erfolgter genügender Aussage gelangten sie zum Eide, zu dem Eide, der immer einheitlich das Beweisthema und also ein Urtheil enthielt.

II. Es erübrigt jetzt noch, die zweite aufgeworfene Frage zu beantworten: in welchem Verhältnisse steht die Thätigkeit der Gezeugen zur Thätigkeit der beweisenden Parthei? und wir gehen zu diesem Zwecke wieder zurück auf jene drei verschiedenen Modifikationen, in denen der Gezeugeneid geleistet wurde.

Betrachten wir die erste derselben, nach der die Gezeugen schwören, daß der Eid der Parthei sei reine und unmeine, so erhält die ganze Thätigkeit derselben Möglichkeit, Inhalt und Tendenz lediglich durch den Eid der Parthei. Die Aufgabe der Gezeugen besteht sonach Alles in Allem darin, ein Urtheil über die moralische Tüchtigkeit und Glaubwürdigkeit des geleisteten Partheieides abzugeben und dadurch diesem eine erhöhte Kraft und Wirksamkeit zu verleihen. Sie stehen in gar keiner direkten Beziehung zu dem eigentlichen Beweisthema und wirken bezüglich des Beweisenden höchst persönlich, höchst subjektiv.

Bei der zweiten Art des Eides der Gezeugen tritt allerdings die direkte Bezugnahme auf das Beweisthema selbst hervor. Aber ihr Eid ist immer ein dem Eide der Parthei nachfolgender und ist genau desselben Inhaltes als dieser. Mithin wird die Möglichkeit einer Thätigkeit der Gezeugen immerhin erst gewährt durch die vorhergehende Thätigkeit der Parthei. Und wenn die Formel der Glosse des Weichbildes zu a. 96 lautet:

die gab, »die N mit seinem eyd beweist hat,« die ist recht und redlich geschehn a. m. G, pp.

so ist dies ein höchst prägnanter Ausdruck für den Gedanken, daß das Hauptgewicht und die eigentliche Beweiskraft auf der Thätigkeit der Parthei beruht. Doch erhalten hier die Gezeugen eine objektivere, selbständigere Färbung. Sie geben nicht sowohl für die Glaubwürdigkeit, als für die Richtigkeit des Partheiurtheiles ein bestärkendes Urtheil ab.

Den größten Schein der Selbständigkeit und Objektivität gewinnen die Gezeugen bei der dritten Form ihres Eides. Hier müssen sie zuvor das Beweisthema beschwören und dann erst gelangt die Parthei über dasselbe zum Schwure. Der Partheieid steht allerdings in einer gewissen Abhängigkeit von dem der Gezeugen. Aber trotzdem ist jener himmelweit verschieden von einem modernen Bestärkungseide. Denn mögen die Gezeugen noch so sehr übereinstimmen — und sie müssen ja immer, einmal zur Action gelangt, übereinstimmen, da der Inhalt ihres Eides das unveränderliche, einheitliche Beweisthema ist — so bleibt das Hinzutreten des Eides der Parthei eine unumgängliche Nothwendigkeit. Das ganze Verfahren erhält erst durch diesen seine Erfüllung; ohne ihn ist der Gezeugeneid ohne alle Wirksamkeit und ohne allen Zweck. Mithin ist auch hier die Thätigkeit der Gezeugen rückwärts bedingt durch die der Parthei, der Eid jener kann dem Eide dieser nur eine besondere, durchgreifende Wirksamkeit verleihen.

Aus diesem Allen ergiebt sich denn der Grundsatz, daß die Function der Gezeugen auf keinerlei Selbständigkeit gegenüber der Parthei Anspruch machen kann, daß dieselbe dem Urtheile und Eide der Parthei nur eine erhöhte Gewähr verleiht.

III. Für die Richtigkeit dieser Auffassung der Gezeugen, wie sie sich aus der Beantwortung jener zwei aufgeworfenen Fragen ergab, gewähren noch drei Momente eine bemerkenswerthe Bürgschaft.

Das erste Moment wird gebildet durch den Grundsatz, daß die

Gezeugen immer streng einseitig wirken, daß sie zu keiner Zeit ein den Partheien gemeinschaftliches Beweismittel werden in dem Sinne, daß in ihrer Function niemals etwas liegt, was einen Beweis für die entgegengesetzte Behauptung des Gegners liefern könnte. Der Sachsensp. II, 22 §. 4 bestimmt nämlich:

Svar man mit seven mannen getügen sal dar mut man wol enen und tvintich umme den getüch vragen. cf. Lehnr. 13 §. 1.

Und dürfen wir hier eine Analogie des Lehnrechts anwenden, so war die Parthei, wenn sie mit 2 Mannen gezeugen sollte, befugt, sieben um das Gezeugniß zu fragen. — Lehnr. 24 §. 7. — Da nun, wo die Gezeugen das Reine und Unmeine des Partheieides beschworen, liegt schon im Thema ihres Eides ein genügender Beweis, daß sie immer nur für den Beweisführer wirken konnten. Jene Bestimmung setzt hier nur fest, daß die Parthei wegen eines als unfähig verworfenen Zeugen 15, beziehentlich 5mal mit einem andern sich „erholen" durfte, ohne daß es ihrem Beweise präjudizirte. — Gslr. pg. 97 l. 3. — Aber jene Bestimmung galt auch da, wo die Gezeugen befragt wurden, was und woher sie um die Sache wüßten, wie uns ausdrücklich die oben angeführte Glosse zu dem Artikel des Sachsenspiegels lehrt. Und zwar sind die Gezeugen verpflichtet, ihr Wissen um die Sache, welcher Art es sei, auszusagen, denn sie müssen auf Antrag der Parthei ein behauptetes Nichtwissen mit einem Calumnieneide beschwören und sind im Weigerungsfall zum Schadenersatz verpflichtet. — Gslr. pg. 96 l. 32. Dist. IV, c. 47 d. 12. — Daraus geht hervor, daß selbst dann, wenn 15, beziehentlich 5 gefragte Zeugen nichts wissen, ja wenn sie das Gegentheil und alles Mißliche aussagen, die Parthei doch noch mit den übrigen 6, beziehentlich 2 ihren Beweis vollführen kann. .... Ein sicherer Beweis, daß das Gericht niemals befugt war, die Aussagen der Gezeugen als Grundlage eines selbständigen, zu Gunsten dieser

oder jener Parthei entscheidenden Urtheils zu benutzen, sondern daß die Gezeugen selbst das Recht hatten ein Urtheil zu fällen, und daß dieses Urtheil immer nur eine Garantie zu Gunsten der beweisenden Parthei enthalten sollte und konnte.

Ein zweites bestätigendes Moment liefert der Umstand, daß das Recht für den Beweis eine unveränderliche Zahl von Gezeugen verlangt und zwar je nach Verschiedenheit des Gegenstandes entweder zwei oder sechs. Eine solche unabänderliche, der Complicirung des einzelnen Falles nicht Rechnung tragende Festsetzung wäre unmöglich gewesen, falls der Beweis sich auf die einzelnen rechtserzeugenden Thatsachen bezogen hätte — sie läßt sich nur denken, wenn das Beweisthema ein einheitliches war. Auch jene Doppelzahl lehrt ferner, daß von einem logischen Beweise in unserm Sinne nicht die Rede sein kann. Denn es widerspricht dem Gedanken eines solchen, daß die Annahme der logisch formellen Wahrheit das eine Mal sich an 6, das andere Mal eben so gut an 2 übereinstimmende Zeugen knüpfen könne. Dagegen ist es da, wo man die Gezeugen nur als Garantien für die Wahrheit des Partheiurtheiles betrachtet, durchaus nicht dem Wesen der Sache widersprechend, je nach der Wichtigkeit der Streitsache das eine Mal 2, das andere Mal 6 Garanten zu fordern.

Das dritte Moment endlich bezeugt nochmals, daß die Thätigkeit der Gezeugen stets verbunden sein mußte mit der der Parthei, und wird gebildet durch die beim Gezeugniß übliche Terminologie. Die Verbindung beider Thätigkeiten drücken die Worte aus »behalden uppen hilgen mit tven mannen, getügen mit tven oder seven mannen« — z. B. Sachsensp. III, 32 §. 3. II, 54 §. 6 — das prinzipale Hervortreten der Partheithätigkeit das s e l v e dridde, s e l v e sevene — z. B. Sachsensp. I, 15 §. 1 Gslr. pg. 98 l. 17 pp. —, da das emphatische s e l v e den Hauptnachdruck auf den Beweisführer legt. Die Tendenz endlich der Gezeugen wird sehr prägnant bezeichnet mit »up den hilghen h e l p e n

beholden« — Gslr. pg. 100 l. 2. — helfen schweren — Magdeb. Fragen I, c. 9 d. 6 — und am prägnantesten durch den Ausdruck: »die gezeugen stärken den eid« des Beweisführers. Magdeb. Fragen III, c. 9 d. 5.

IV. Versuchen wir nun nach diesem Allen die Natur desjenigen Beweismittels, welches die Quellen mit tügen, getügen, vertügen bezeichnen, zu präcisiren, so ergiebt sich als Resultat folgendes. Das Gezeugniß besteht wesentlich aus zwei Bestandtheilen; der eine wird gebildet durch die Gezeugen, der andere durch den Eid der Parthei. Auch in ihrer Function als Gezeugen lassen sich die Genossen nicht herbei, nur faktische Aussagen zu dem Zwecke zu thun, damit eine über ihnen stehende Autorität ein entscheidendes Urtheil fälle, selbst da nicht, wo sie zu diesen Aussagen gezwungen sind. Vielmehr sprechen sie selbst das relevante Urtheil. Aber dieses Urtheil erhält doch nur Inhalt und Zweck durch die vorausgesetzte Thätigkeit der Parthei, möge es sich auf die Glaubwürdigkeit des Partheieides oder das Beweisthema selbst beziehen. Immer spricht die Parthei selbst das entscheidende Wort, ihr Urtheil ist die Grundlage des ganzen Verfahrens, sie bewahrheitet dasselbe mit dem Höchsten, was sie zu liefern vermag, mit ihrem Eide. Zu diesem Urtheile treten daher die Gezeugen nur als Hülfe, sie geben ihm mit ihrem Urtheile nur erhöhte Kraft und Wirksamkeit, damit es die entgegenstehende Behauptung der Gegenparthei aufhebe und besiege. Sie sind nur die Garanten derjenigen Garantie, die schon im Eide der Parthei enthalten ist. Hieran schließen sich zwei Folgerungen an:

Weil der Eid der Parthei immer concurrirt und zu Grunde liegt, so folgt auch daraus, daß alle diejenigen Regeln, die bei dem alleinigen Eide zur Anwendung kommen, auch dann einschlagen, wenn er mit Gezeugen verstärkt werden muß. Das gilt insbesondere von den Regeln der Contumaz. Denn:

He (der mit Gezeugen Beweisführende) verlüst ok of he

to'me lenrechte nicht ne kumt. Die man behalt ok dat gut sunder getüch, of die herre (der Gegner) to'me lenrechte nicht ne kumt. Doch mach ir jewederem echt not untscüldegen pp. Lehnr. 24 §. 7. Rchtstg. Lehnrs. 24 §. 6. cf. Kulm. R. III, 41.

Weil ferner das Urtheil der Parthei auch hier der Ausgangspunkt und die Grundlage der Entscheidung ist, so folgt, daß auch die Vollführung des Gezeugnisses als ein Recht der Parthei betrachtet werden muß, obgleich natürlich das Gezeugniß hinwieder Bedingung dieser Entscheidung ist und das Deficiren desselben der Gegenparthei den Sieg verleiht.

Weme tüghes borst wert, de is in der sake ghevallen, of he sich vor gherichte des heft vormeten. Gslr. pg. 95 l. 14.

V. Betrachten wir schließlich die gelieferten Quellenzeugnisse über die Natur des Gezeugnisses noch von einem anderen Gesichtspunkte, so tritt uns in denselben eine große, bewegliche Verschiedenheit entgegen. Und müssen wir annehmen, daß jene fast wunderbare Selbständigkeit der Partheien im gerichtlichen Verfahren, jenes maßvolle Eingreifen des Staates in das Gerichtswesen und jene mehr ordnende als entscheidende Function des Gerichtes allmälig und schrittweise und doch schon in frühen Spuren hinüberdrängte nach der modernen Auffassung von Staat und Gericht, so dürfen wir auch annehmen, daß jene Verschiedenheit nicht sowohl eine örtliche, als vielmehr eine zeitliche, geschichtliche Entwickelung des Institutes darstellt. Sie giebt sich kund in den zwei charakteristischen Merkmalen desselben. Denn während in früherer Zeit die Gezeugen ihr Urtheil nach freier Ueberzeugung, nach bestem Wissen und Gewissen und ohne daß man dasselbe einer vorhergehenden Controlle unterwarf, abgaben, wurde diese Selbständigkeit allmälig untergraben. Man forderte Aussagen von ihnen über das Wie und Was ihres Wissens, zunächst freilich unter dem Gesichtspunkte ihre Fähigkeit zu prüfen. Aber es ist klar, daß, jemehr man dieses Wissen urgirte und für die einzelnen

rechtsbegründenden Thatsachen forderte, desto mehr die Entscheidung über ihre Zulässigkeit die materielle Entscheidung der Sache selbst anticipirte — bis man dem immer noch geforderten Urtheile der Gezeugen alle Bedeutung nahm und es endlich als lästige Formalität beseitigte. Hiermit steht die andere Seite der Entwickelung in genauestem Zusammenhang. Die Gezeugen standen ursprünglich in gar keiner Beziehung zur streitigen Sache selbst, sie sollten lediglich ein Urtheil abgeben über die Glaubwürdigkeit des Partheieides. Ihre Eigenschaft als blose Garanten tritt hier in das hellste Licht. Später jedoch forderte man von ihnen ein Urtheil über die Sache selbst; anfangs dem Partheiurtheile nachfolgend bewahrte es noch mehr die persönliche Beziehung und Abhängigkeit von der Parthei; dann aber ihm vorgehend und es bedingend mußte sich allmälig seine ursprüngliche, nur verstärkende Bedeutung verkehren. Von da an legte man der Thätigkeit der Gezeugen eine größere Selbständigkeit bei, der Partheieid erschien bald nur als ein Bestärkungseid und so wurde er endlich in geeigneten Fällen als gänzlich überflüssig beseitigt. Ja die letzten Endpunkte dieser Entwickelung, an denen der Partheieid nicht mehr erwähnt wird, die Gezeugen auf einen promissorischen Eid hin nur über das Faktische der Sache Aussagen thun und das Gericht nach freiem Ermessen zu Gunsten der einen oder der andern Parthei ein selbständiges, entscheidendes Urtheil fällt, finden wir schon in dem von uns benutzten Quellenkreise, in den Distinctionen IV, c. 47 d. 16:

Welch man sinen geczugen stellet vor gericht, von rechte sal der czug swern den eyd: wy swern, daz wir dy worheyd wullen swern (al. geczwgen), dy wir wissen umbe dy sache, al uns god helffe unde alle heyligen. Wan der eyd geschen ist, so sal eyn iczlich sagen uff den eyd, waz om wissentlich ist. Ged der czuge obereyn, weme der czu hulffe kempt, daz werden dy schepphen zcuirkennen. Czweygen sich dy

geczugen an orme bekenntniss, daz eyme önders wissen ist wen deme andern, so en ist man an deme geczuckenisz nicht bestanden.

Aber während die ersten und mittleren Schritte der Bewegung noch rein der einheimischen Rechtsentwickelung angehören, so münden ihre Ausgangspunkte in das fremde Recht. Denn in der nachfolgenden Dist. 17 l. c. heißt es:

dorumbe sal man allewege czugen under gestabten eyden, »also an geystlich gerichte.«

Und so bringt das fremde Recht nichts Neues, nichts Unvorbereitetes, es bringt nur den schnellen Abschluß der eigensten Entwickelung.

§. 8.

Wirkung des Eides und Gezeugnisses.

Die Natur des Eides, seine religiöse Heiligkeit und seine politische Bedeutung, nach der er als das Höchste gilt, was der Mann als Gewähr für seine Wahrhaftigkeit zu leisten vermag, kann einen direkten Gegenbeweis gegen seinen Inhalt nicht dulden. Und wenn dem Gezeugnisse wieder der Eid der Parthei zu Grunde liegt und dieser nur verstärkt wird durch die Eide Dritter, die sich entweder auf den Partheieid oder auf das Beweisthema selbst beziehen, so kann auch bei einem Gezeugniß von einem Gegenbeweise in verstärktem Maße nicht die Rede sein. Alles, was der Gegenparthei als Waffe dienen kann, besteht daher nur in der Behauptung und dem Nachweise, daß der Eid nicht ordnungsmäßig und ohne Möglichkeit der „Erholung" geleistet oder daß ein unfähiger Zeuge zum Schwure gelangt sei:

We enne tüch heft gedan mit emme sodanen manne deme me mit rechte van tüghe irlecken mach, de is aver an der sake gevallen, dar he den tüch ane ghedan heft, efte men dat bewise alse recht is. Gslr. pg. 96 l. 41.

Wird aber der Gezeuge dem Gegner vor der Eidesleistung präsentirt und schweigt er still, so kann er diesen nach erfolgtem Eide nicht als unfähigen bezeichnen. Dist. IV, c. 47 d. 14 u. 15.

Ist nun aber der Eid der Parthei in gehöriger Weise, beziehentlich mit der erforderlichen Zahl fähiger Gezeugen geleistet, so hat damit die Parthei diejenige Garantie geleistet, die man ihr auflegt, damit ihr Urtheil entscheidende, die Behauptungen des Gegners überwindende Kraft erlange. Für eine Thätigkeit des Gerichtes ist hiernach überall kein Raum mehr: von einer Prüfung der Schlüssigkeit der durch die Gezeugen gelieferten Aussagen, von einem Abwägen von Beweis und Gegenbeweis kann nicht die Rede sein. Nicht ein Ausspruch des Gerichtes bewirkt die letzte Entscheidung der streitigen Sache, vielmehr knüpft sich die Entscheidung unmittelbar an den geschehenen Gebrauch des Beweismittels selbst. Und wenn die Parthei nach geleistetem Eide oder vollführtem Gezeugnisse fragt:

»ob er vulkomen ist mit seinem rechten«?

so wünscht sie nur Anerkennung dafür, daß sie die geforderte Garantie in formeller Richtigkeit erbracht habe, sie sichert sich damit nur den Schutz des Gerichtes für ihr nun rechtskräftiges Urtheil. Daher lautet denn auch die Antwort einfach:

»er sey volkummen«. Richtsteig Landrs. c. 8 (pg. 17 l. 25).

III.

Das Zeugniß des Gerichtes.

§. 9.

Personen. Erforderniffe. Erweiterungen. Sicherstellungen.

Es war im Wesen des Eides und Gezeugnisses begründet, daß in ihnen die Parthei selbst wirksam war. Erst durch ihre Thä-

tigkeit erfüllten sich diese Beweismittel. Gerade umgekehrt ist es das charakteristische Merkmal des gerichtlichen Zeugnisses, daß es lediglich durch die Thätigkeit dritter Personen vollführt wird und jede Mitwirkung der Parthei selbst davon ausgeschlossen ist. Denn, sagt der Sachsensp. III, 88 §. 2:

Selve ne darf die klegere nicht getüch sin, svar he mit deme gerichte tüges vulkomt.

An der Spitze des Gerichtszeugnisses steht als Vorsprecher der Anderen immer der Richter und die ihm zeugen „helfen" — Gslr. pg. 92 l. 23 — sind immer diejenigen, die ihm das Urtheil zu finden berechtigt und verpflichtet sind. Daher beschreibt der Sachsenspiegel das Gerichtszeugniß mit den Worten:

des mut die richter selve sevede (— dridde) sogedaner lüde de eme ordel vinden getüch sin I, 8 §. 1. II, 22 §. 1 und ebenso der Richtsteig

so solt du es betzewgen mit dem richter und zwen — sechs urteilvinden. c. 41 (pg. 85 l. 9 u. 16). c. 33^b (pg. 64 l. 10). c. 41 (pg. 83 l. 30).

Wie verschieden nun nach Maßgabe der Rechtsgenossenschaft und des streitigen Gegenstandes der Richter und die Urtheilsfinder sind, so verschieden ist auch die Zusammensetzung des Gerichtszeugnisses. Der Sachsenspiegel kennt deren zwei Arten. Da wo es sich um Grundeigenthum oder um Leib und Ehre von Schöffenbarfreien handelt und wo überhaupt unter Königsbann gerichtet wird, finden dem Grafen immer die Schöffen das Urtheil. Da aber, wo ohne Königsbann gedingt wird, finden es dem Schultheißen oder Gografen alle Dingpflichtigen, — jewelk man, die vulkomen is an sime rechte. — Sachsensp. I, 59 §. 1. 63 §. 2. II, 12 §§. 2. 3. III, 69 §§. 1. 2. — Je nachdem daher eine Sache unter Königsbann verhandelt wurde oder nicht, bedarf es zu ihrem Zeugnisse außer dem Richter entweder der Schöffen oder blos der Dingpflichtigen. — ibid. III, 18. — Dagegen kennt das Recht des

Weichbildes immer nur eine Art der Urtheilsfinder, so jedoch, daß hier das Magdeburgische Recht und die Goslarischen Statuten einen Gegensatz bilden. Denn während in Magdeburg in allen Gerichten, sowohl dem des Burggrafen als dem des Schultheißen, immer Schöffen das Urtheil finden — Weichbild a. 10 — so sollten umgekehrt in Goslar an jedem Gerichte jeder Dingpflichtige d. i. die borghere oder borgheres ghesinde um das Urtheil gefragt werden. — Gslr. pg. 86 l. 14. — Daher zeugt dort der Richter regelmäßig nur mit Schöffen, hier immer nur mit »börgheren« oder »bederven mannen«. — Gslr. pg. 92 l. 1. l. 3. — Diese Verschiedenheit der Zusammensetzung des Gerichtszeugnisses heben denn auch die Distinctionen ausdrücklich hervor, so jedoch, daß sie nur zwischen Landrecht und Weichbild unterscheiden und das Gerichtszeugniß vollführen lassen:

zcu lantrecht mit den richtern unde mit den dinkphlichtigen, in wichbilde mit richter und mit schepphen. I, c. 20 d. 3. IV, c. 46 d. 9. u. s. w.

Mit dieser Bestimmung der Personen, die das Gerichtszeugniß zu vollführen haben, steht die Frage nach den Requisiten, die die allgemeine Fähigkeit zum Gerichtszeugniß bedingen, in genauestem Zusammenhange. Denn immer kann nur Derjenige am Gerichtszeugnisse sich betheiligen, der auch zum Urtheilfinden fähig ist. — cf. Sachsensp. III, 70 §. 2. — Vollkommenheit an allen Rechten, Rechtsgenossenschaft in dem verhandelnden Gerichte, Ebenbürtigkeit überall da, wo sie überhaupt urgirt wird, sind daher beim gerichtlichen Zeugnisse gerade so Bedingungen der Fähigkeit, wie beim privaten Gezeugniß. — cf. Sachsensp. II, 12 §. 3. III, 65 §. 1. III, 70 §. 1 u. II, 12 §. 2. — Wie denn überhaupt alle diejenigen Regeln, die die Fähigkeit oder Unfähigkeit bei diesem bestimmen, auch für jenes ohne Ausnahme Gültigkeit haben. Denn — das ist der einfachste und schlagendste Grund — überall da, wo unsere Quellen die Frage der Fähigkeit ex

professo behandeln, sprechen sie einfach von tügen, ununterschieden und regelmäßig unentscheidbar, ob sie das private oder gerichtliche Zeugniß im Sinne haben. — Sachsensp. III, 19. Gslr. pg. 93 l. 3—11. l. 38. pg. 94 l. 36. Dist. IV, 46 d. 11. 12. 16. — Insbesondere wird noch hervorgehoben, daß der Richter bei eignem Interesse an der Sache am Zeugniß nicht theilnehmen darf. Denn:

Svat en man jegen den richtere getügen sal, dar to ne bedarf he des richteres getüges nicht; dar ime de scüldegunge nicht hoger wen an sin gewedde ne gat, dat getücht »he selve« dridde der dingplichten, die dar ordel vindet. Is aver die scult hogere, so mut he den scultheiten oder den vronen boden to getüge hebben in richteres stat over den richter. Sachsensp. II, 22 §. 1.

Damit nun aber auch im einzelnen Falle das Gerichtszeugniß Platz greifen könne, gilt als erstes Erforderniß, daß die streitige Sache vor dem Gerichte selbst und zwar am regelmäßigen Hegungsorte und zur regelmäßigen Hegungszeit desselben verhandelt worden sei oder sich begeben habe. Ueberall, wo vom Gerichtszeugnisse die Rede ist, finden wir mit sichtlichem Nachdrucke die Worte hervorgehoben: vor gerichte oder binnen dinge, in dem Zusammenhange, daß die Sache sich hier zugetragen haben solle. — Sachsensp. I, 7. 8 §. 1. §. 3. II, 41 §. 2. III, 28 §. 2. Rchtstg. c. 24 (pg. 43 l. 19). Cautel. (pg. 3 l. 30. pg. 4 l. 1). Weichbild a. 32 u. 52. Gslr. pg. 96 l. 25 u. s. w. u. s. w. — Und die Distinctionen — IV, c. 46 d. 7 — bestimmen ausdrücklich:

Man sal keyn gerichte heymelich noch vorborgen machen noch siczen, wen czu rechter dingczit unde an rechter dingstad, do man icht czugen sal.

Daher hat denn auch ein Geständniß, das außerhalb des Gerichtes abgelegt wurde, keine rechtliche Wirkung.

Kulm. Recht I, a. 24: Eyn man der yn dy stat nicht en tar unde begerit gelobde und bekentnisse tzu tune und dor tzu wurden gesant tzwene ratmanne us eyme sitzenden rate adir tzwene scheppen us eyme gehegetem dinge, wil is der man hyndenoch vorsachen, das mag her tun. Das getzugnysse hot keyne kraft[11].

Und wollen Richter, Schöffen, Fronboten und andere Gerichtspersonen etwas bezeugen, »das sie ausserm gericht gesehen haben«, da können sie lediglich als private Gezeugen gelten »als ander leute.« Magdeb. Fragen I, c. 2 d. 12.

Als zweiter Grundsatz gilt ferner, daß nur diejenigen Gerichtsbeisitzer über eine streitige Sache Zeugniß ablegen können, vor deren eigener Person sie sich zugetragen hat. Man fordert ausdrücklich den Richter und die Männer, der dar over ghewesen hebbet — Gslr. pg. 59 l. 19 — oder die es sahen — arg. Sachsensp. III, 25 §. 1 — oder die es sahen und hörten — Gslr. pg. 36 l. 26. arg. Richtsteig c. 12 (pg. 86 l. 29 u. 30). — Auch geht gerade darauf der Schwur des Richters und der Dingleute:

Gslr. pg. 92 l. 8: War men mit ghrichte enne tüch don schal, dar schal de voghet vore sweren oder de scültechte uppe den hilleghen, dat de sake also si unde he des hebbe en richtere ghewesen, d. i. g. s. h. u. d. h. So sculen de dinglüde sweren dat de des en richtere hebbe ghewesen unde se dinglüde unde tüghe — d. i. g. pp. cf. Dist. IV, c. 46 d. 2. d. 4 u. 5.

Ja im Landrechte forderte man da, wo nicht Schöffen das Urtheil fanden, daß die Dingpflichtigen »mit orteyln dorczu gegeben« seien, wenn sie zum Zeugniß tauglich sein sollten. — Dist.

---

11. Abweichend ist Gslr. pg. 97 l. 27.

IV, c. 46 d. 6. — Ein Grundsatz, der allerdings im Goslarischen Weichbild nicht anerkannt war. Gslr. pg. 96 l. 25.

Aus diesen beiden Grundsätzen folgt fast nothwendig die dritte Regel, daß das Gerichtszeugniß nur in dem Gerichte, in dem die zu bezeugende Sache sich zutrug, abgegeben zu werden braucht und darf. Der Sachsenspiegel spricht dieselbe mehr vom Gesichtspunkte eines Rechtes:

III, 82 §. 1: Des gerichtes tüch n'is aver neman plichtig to bringene in en ander gericht.

die Glosse ad Sachsenspiegel III, 24 prägnanter von dem einer Pflicht aus:

Ein richter ist nirgent richter, denn in seinem gericht. Und davon ist komen das beywort, das keiner gezeugen über feldt füren mög d. i. das kein richter ausserhalb gezeugen mag, denn in seinem gerichte.

Aus diesem Allen ergiebt sich, daß das Gerichtszeugniß seiner Möglichkeit und Wirksamkeit nach vielfach beschränkt und in enge Grenzen verwiesen war. Zunächst schon der Zeit und dem Orte nach. Wo, wie im Landrechte, die Gerichtstage oft Wochen auseinander lagen, wo die Partheien vielleicht entfernter vom Hegungsorte wohnten, mußte es sich in der Hauptsache auf solche Handlungen, die in engem Zusammenhange mit dem gerichtlichen Verfahren selbst standen, und auf solche Rechtsgeschäfte beschränken, die nothwendig vor Gericht vorgenommen werden mußten, wie Veräußerungen von Grundeigenthum und Erbverträge. Die Schwierigkeit seiner Erlangung wird die Partheien häufig selbst da des gerichtlichen Zeugnisses beraubt haben, wo es im Interesse ihrer Sache lag. Aber selbst dann, wenn sie die relevanten Handlungen vor Gericht vornahmen, konnten sie sich des gerichtlichen Zeugnisses nicht zweifellos versichert halten. Wie leicht deficirten die damals thätigen Gerichtspersonen. Der Richter wechselte wohl, die Schöffen und Dingpflichtigen vergaßen und starben auch.

Diese Mängel mußten sich um so lästiger fühlbar machen, als gerade das gerichtliche Zeugniß gegenüber den andern Beweismitteln eine besondere, hervorragende Kraft und Wirksamkeit besaß und an und für sich eine besondere Sicherheit verleihen konnte. So drängten denn schon die Bedürfnisse des Landvolkes im Gebiete des Sachsenspiegels, noch mehr aber die dichtere Bevölkerung und der lebendigere Verkehr in den Städten danach hin, jenem Beweismittel eine leichtere Beweglichkeit und größere Continuität zu verschaffen. Es erzeugten sich Modifikationen und Institute, die sich theils als Erweiterungen, theils als Sicherstellungen des Gerichtszeugnisses darstellen.

Fassen wir für's Erste die Erweiterungen in das Auge, so gehören zunächst hierher die Gerichtsdeputationen, welche den Zweck und die Function haben, Dasjenige, was außerhalb des Gerichtes, aber vor ihnen geschieht, mit derselben Wirksamkeit zu bezeugen, als ob es vor Gericht geschehen sei.

Der Sachsenspiegel kennt hier solche Boten, die nach vorgängigem autorisirenden Urtheile — arg. Richtsteig Lehnrs. 27 §. 4 — vom Richter in ein fremdes Gericht ausgesandt werden, damit sie ein Zeugniß desselben anhören und dieses zurückgekehrt wieder im eignen Gerichte bezeugen. Als Beispiele werden angeführt die Boten, die bei gescholtenem Urtheil bezeugen sollen, welche Parthei vor der höhern Instanz obsiegte — Sachsensp. II, 12 §. 4. Dist. IV, 25 d. 7. Weichbild a. 11 Text und Glosse — die die Entscheidung einer an das Lehngericht verwiesenen Rechtssache dem Landgerichte kundlich machen — Sachsensp. II, 42 §. 4. Dist. I, c. 33 d. 1 — die endlich das Zeugniß eines fremden Gerichtes einholen sollen darüber, ob Jemandem vor ihm sein Recht vertheilt worden sei. — Sachsensp. III, 82 §. 1. — In allen diesen Fällen haben die Boten nur eine secundäre und vermittelnde Function, sie dienen nur zur Ueberwindung des Grundsatzes, daß das Zeugniß des Gerichtes blos innerhalb seines

Sprengels wirksam sei. Denn der Hauptnachdruck liegt doch immer in dem Zeugniß, welches das fremde Gericht abgiebt. Bald wurden sie auch durch gerichtliche Urkunden ersetzt. Glosse zu Weichbild a. 11. Gslr. pg. 76 l. 3.

Viel selbständiger und wichtig vor allen ist diejenige Gerichtsdeputation, die das Beweismittel der leiblichen Beweisung bildet. Wir finden das Wort »bewisen« häufig in dem einfachen Sinne von beweisen oder auch von zeigen, vorzeigen. Man bewiset, zeigt etwas dem Gerichte oder dritten Personen, um sie dadurch zu Gezeugen zu gewinnen. — Sachsensp. I, 33. 52 §. 1. II, 20 §. 2. 47 §§. 2. 3. 48 §§. 3. 7. III, 5 §. 5. Dist. II, c. 8 d. 2 u. s. w. — Da aber, wo das Wort in seiner technischen, juristischen Anwendung vorkommt, bedeutet es immer dasjenige durch das Gericht vollführte Beweismittel, welches darthun soll, daß sich eine bestimmte bewegliche Sache in dem Gewahrsame Jemandes befinde. — Sachsensp. I, 13 §. 1. 15 §. 2. 22 §. 4. Rchtstg. c. 11 (pg. 20 l. 27). c. 16 (pg. 29 l. 5). c. 20 (pg. 36 l. 10). Gslr. pg. 81 l. 13 u. s. w. — Das Verfahren dabei, wie es uns die Glosse zu Weichbild a. 23 beschreibt, war dergestalt, daß sich auf Antrag der Parthei der Richter und Schöffen — wie es scheint nur Einer — in die Wohnung des Beschuldigten begaben, sich dort von dem Beschuldigten „Gemach und Gewehr" öffnen oder doch die Schlüssel aushändigen ließen und so nach der fraglichen Sache suchten. Die Beweisung war also nichts Anderes als eine gerichtliche Haussuchung und wurde als eine »schmachheit« empfunden. Ergab sie kein Resultat, so mußte der Antragsteller büßen und wetten [12]. Dasjenige nun

12. Doch gab es nach den Goslarischen Statuten eine Art des bewisens, die gerade den umgekehrten Nachweis bezweckte, daß sich keine fahrende Habe in der were Jemandes finde, die gepfändet werden könnte. Sie geschah durch den richtere unde twene neybere oder anderer guder lüde twene oder mer. Gslr. pg. 21 l. 1.

aber, was Richter und Schöffen oder Dingpflichtige so außerhalb des Gerichtes wahrnahmen, hatte dieselbe Wirksamkeit, als ob es vor gehegtem Gerichte geschehen sei, und was jene Deputation bezeugte, hatte dieselbe Kraft, als das ordentliche gerichtliche Zeugniß. Die leibliche Beweisung ist nichts als ein modificirtes Gerichtszeugniß.

Auch das Magdeburgische Recht kennt jene selbständigere Art der Gerichtsdeputationen in noch anderen Anwendungen. So begeben sich nach geschehener Auflassung Richter und Schöffen auf das veräußerte Grundstück, um den Erwerber einzuweisen und diese Einweisung erforderlichen Falles zu bezeugen. — Weichbild a. 20. — Die zahlreichste Anwendung solcher Gerichtsdeputationen finden wir aber in den Goslarischen Statuten. Vor ihnen oder von ihnen geschieht die Mahnung wegen entsessenen Zinses — Gslr. pg. 20 l. 34 — das in Overhöre Kündigen — pg. 52 l. 6 — die Ladung vor Gericht — pg. 27 l. 25. pg. 63 l. 30 — die Besetzung und das Aufbieten einer Sache — pg. 67 l. 10. pg. 68 l. 17 — der Nachweis an Ort und Stelle, daß man uns das Pfänden oder Haussuchen verwehrt habe — pg. 22 l. 2. pg. 60 l. 1 — und zwar immer wieder dergestalt, daß sie »to tüghe« der fraglichen Handlung mit derselben Kraft als das gehegte Ding sind. Besonders bemerkenswerth ist hier ferner die große Leichtigkeit, mit der sie gebildet werden können und die ihre Beweglichkeit sehr erhöht. Der Richter nämlich, ohne vorher durch ein gehegtes Ding autorisirt zu sein, gesellt sich auf Antrag oder selbständig zwei gute, biedere Leute zu, wo er sie aufgreifen mag, und damit ist die Deputation gebildet. — S. die angef. Stellen. — Doch muß allerdings der Richter seine Stellung als Privatmann kenntlich ablegen und kraft seiner öffentlichen Function auftreten. Denn

Nen richtere mach tüghen in richtes stat, he ne si der sake in richteres stat ghewesen oder gheladet. Gslr. pg. 92 l. 21.

Und ebenso müssen hier jene zwei Anderen dadurch gleichsam noch besonders zu öffentlichen Personen gemacht werden, daß sie ausdrücklich »to tughe gheladet« werden — Gslr. pg. 92 l. 23 —, ein Erforderniß, welches bei dem ordentlichen Gerichtszeugnisse gerade darum wegfällt, weil sie dabei ja in keiner andern Eigenschaft erscheinen konnten, als in der der Dingpflichtigen. Gslr. pg. 96 l. 25.

Ein zweiter Umstand, welcher die Vortheile des gerichtlichen Zeugnisses in weiteren Kreisen anwendbar machte, war der, daß man in den Städten dem Zeugnisse einer politischen Behörde, des Rathes, dieselbe Kraft beilegte als dem gerichtlichen Zeugnisse. Und zwar ging auch das Rathszeugniß auf Begebnisse des Rechtslebens, die entweder vor ihm selbst in ordentlicher Sitzung, oder vor einer Deputation seines Mittels sich zugetragen hatten. Immerhin aber brachte es die Eigenschaft des Rathes als einer politischen Behörde mit sich, daß sein Zeugniß in rechtlichen Dingen von geringerm Umfang sein mußte und sich mehr auf polizeiliche Gegenstände bezog. Dist. IV, c. 43 d. 2. Gslr. pg. 97 l. 21 — pg. 98 l. 14. Magdeb. Fragen I, c. 1 d. 24. Schöffen-U. bei Böhme d. B. VI, pg. 117. 120. Kulm. Recht I, c. 15 u. 16 u. s. w.

Wir wenden uns jetzt zu denjenigen Modifikationen und Institutionen, welche dem Gerichtszeugnisse eine größere Dauer und Sicherheit verschaffen sollen.

Schon der Sachsenspiegel kennt etwas hierher Gehöriges. War nämlich der Richter, vor dem die Sache sich zugetragen hatte, gestorben oder gewechselt, so sollte zur Vollführung des Gerichtszeugnisses vollkommen genügen, wenn sein Nachkomme am Gerichte von den Schöffen der Wahrheit des zu Bezeugenden versichert wurde. Er durfte dann nicht anstehen, deren Zeugniß sein bekräftigendes Wort beizufügen. — Sachsensp. III, 25 §. 1. Richtsteig c. 34 (pg. 70). c. 42 (pg. 86). Weichbild. a. 32.

— Doch ist zuzugeben, daß dieser Grundsatz mehr eine Folge der besonderen Stellung des Richters im gerichtlichen Verfahren überhaupt ist, als daß ihm jene sichernde Absicht zu Grunde liegt. cf. Sachsensp. II, 22 §. 2.

Die übrigen Sicherungsmittel aber gehören dem Rechte des Weichbildes an.

Hier schlägt zunächst die Bestimmung ein, daß da, wo immer nur Schöffen das Gericht bilden, dieselben durch blose Dingpflichtige, die der gerichtlichen Verhandlung beiwohnten, ersetzt werden können, wenn die erforderliche Anzahl Schöffen nicht mehr vorhanden ist. Doch müssen da, wo mit sieben Gerichtspersonen gezeugt werden soll, wenigstens zwei Schöffen ihre Mitwirkung nicht versagen. Weichbild. a. 32. 52 und 55. Kulm. Recht II, 11 u. 56.

Eine andere Art, vorverstorbene Gerichtszeugen, Richter oder Dingpflichtige zu ergänzen, kennen die Goslarischen Statuten. Nach ihnen gehen die noch lebenden Zeugen auf das Grab des Richters oder der Dingleute und schwören hier, daß die Todten Zeugen der betreffenden Sache, die sie näher bezeichnen, gewesen seien. Alle nun, die diese Prozedur sehen und hören, zeugen dann so kräftig, als ob sie bei der gerichtlichen Verhandlung der Sache zugegen gewesen wären. Gslr. pg. 95 l. 16 l. 38.

Ein anderes Verfahren wird dann eingeschlagen, wenn die interessirte Parthei fürchtet, daß ihr und ihren Erben »der gezeugk zcu korcz werde von sterbens wegen«, und sie darum das Zeugniß, das jetzt noch vollständig erbracht werden kann, »vernuwen unde meren« will. Hier werden andere unbetheiligte Leute vor das Gericht geladen und vor ihnen bezeugt das Gericht in feierlicher, ordnungsmäßiger Weise die Sache. Sterben dann später die bei der ursprünglichen Verhandlung der Sache gewesenen Gerichtspersonen, so treten die Personen, vor denen das Zeugniß so abgelegt wurde, unmittelbar an ihre Stelle und zeu-

gen mit derselben Kraft, als es die verstorbenen Gerichtspersonen gethan haben würden. Gslr. pg. 96 l. 7—24. pg. 93 l. 23. Dist. IV, c. 47 d. 1 u. 2.

Wichtiger als die bisherigen und das wirksamste Mittel, um dem Gerichtszeugnisse eine größere Dauer und Sicherheit zu geben, waren die Urkunden. Die Briefe, wie sie allein in den Quellen genannt werden. Zwar kennt sie schon der Sachsenspiegel, jedoch nur in zwei Fällen: in dem einen bekennt ein Fürst im Streite um Lehn, daß ein Mann Lehngut von ihm empfangen — Sachsensp. II, 41 §. 3 —, in dem andern bezeugt der König, daß sich Jemand vor ihm aus der Acht gezogen habe — Sachsensp. III, 34 §. 1. cf. Richtsteig c. 22 (pg. 39 l. 1). c. 34 (pg. 70 l. 11). Dist. I, c. 33 d. 1. — Im Uebrigen müssen wir aber annehmen, daß auch die Briefe ein Produkt der städtischen Rechtsentwicklung sind. Daher denn die Distinctionen der Erwähnung des Briefzeugnisses fast durchgehends die Worte beifügen: in wichbilde. I, c. 12 d. 1. c. 20 d. 3. d. 7.

Der charakteristischen Merkmale und der Erfordernisse, die an dieses Beweismittel gestellt werden, sind zwei. Das eine, daß das Briefzeugniß nur über solche Sachen ergeht, die vor Gericht geschehen sind; das andere, daß die Briefe nur von den Personen beweiskräftig ausgestellt werden können, die das Gericht bei der Verhandlung der Sache hegten. Daher finden wir auf der einen Seite als Gegenstände des Briefzeugnisses immer entweder ausdrücklich erwähnt „Sachen, die im Gerichte oder vor den Schöffen geschehen" — Magdeb. Fragen I, c. 3 d. 16. c. 15 d. 1 und 6. II, c. 9 d. 1. — Geständnisse oder Rechtsvertheilungen vor dem Gericht — Dist. III, c. 11 d. 3. Gslr. pg. 76 l. 3. — oder es versteht sich dies von selbst, wie bei Rechtsgeschäften über Grundeigenthum. — Gslr. pg. 30. l. 9. l. 21. — Anderseits wird gesagt, die Briefe seien der Schöffen »bekentnus« — Magdeb. Fragen I, c. 3 d. 6 —, sie seien Briefe

von Richtern, Schöffen und gehegtem Dinge — ibid. I, c. 6 d. 1 — sie seien gegeben und versiegelt „aus gehegtem Dinge“ — ibid. I, c. 9 d. 18. — So ist denn das Briefzeugniß nichts als das zu Papier gebrachte und fixirte Gerichtszeugniß [13].

Aber dieses todte Zeugniß kann des lebendigen Wortes nicht entbehren. Der Brief an und für sich spricht und wirkt nichts. Denn, heißt es in den Magdeb. Fragen I, c. 3 d. 18:

»Bekennet« der richter und die schöpffen, das der brief mit ihrem wissen und vollwort sey aus gehegtem dinge — gegeben und versiegelt, so en mag den brief niemandt brechen noch widersprechen.

Dieses Bekenntniß also ist die Bedingung seiner Wirksamkeit. Trotzdem aber sind die Vortheile eines solchen Briefes große. Zunächst ist es nicht nothwendig, daß diejenige Zahl der Gerichtspersonen, die regelmäßig zum Zeugnisse über die Sache erfordert werden, thätig werde; es genügt, wenn nur einige Schöffen, die die Sache verhandelt haben, noch vorhanden sind. — Magdeburger Fragen I, c. 3 d. 17. — Man giebt ja gerade deshalb Briefe, durch das an richtern unde an scheppben ersterben muchte dy kuntschaft. — Dist. I, c. 12 d. 1 — und

An den briefen sint doch geczuge als gut und mechtig, als sy lebten. d. 2 ibid.

Dann aber brauchen sich die noch überlebenden Gerichtspersonen durchaus nicht der Sache selbst zu erinnern, nur so viel sollen sie aussagen, daß der Brief von ihnen ausgestellt worden sei und daß ihre jetzt weggefallenen Brüder bei der Ausstellung auf der Gerichtsbank saßen und mit versiegelten. Magdeb. Fragen d. 17 und 18. cit.

---

13. Auch der Rath konnte beweiskräftige Briefe ausstellen — wir dürfen aber wohl annehmen, daß sie denselben Regeln folgten als die gerichtlichen. Gslr. pg. 30. l. 21. Dist. I, c. 48 d. 5. d. 3.

Nach diesem Allen müssen wir denn auch annehmen, daß von jenen beiden Briefen, die der Sachsenspiegel erwähnt, der eine das Gerichtszeugniß eines Lehnhofes, der andere das Zeugniß eines vom König gehegten Gerichtes enthielt. Denn die dem Sachsenspiegel verwandten Rechtsquellen erkennen als Beweismittel nur solche Urkunden an, die wir öffentliche nennen, und selbst diese nicht unbedingt.

Zwar — es werden auch Privaturkunden in einigen wenigen Stellen erwähnt. Allein diese sind ihrer prozessualischen Bedeutung nach lediglich eine besondere Art des Anbringens der Klage, sie tragen kein Merkmal an sich, das sie zu einem Beweismittel stempeln könnte. Denn abgesehen davon, daß der Beklagte das Siegel eines Schuldbekenntnisses immer als das seinige ableugnen kann, so bleiben auch dann, wenn er sich zu dem Siegel bekennt, die gewöhnlichen Regeln über den Beweis der Schuld bestehen, d. h. der Beklagte gelangt trotzdem zum Beweise. — Dist. III, c. 11 d. 1 u. 7. Gslr. pg. 71 l. 22[14]. — Dieser durchgreifende Unterschied zwischen einer Privaturkunde und einem öffentlichen Briefe erscheint auch sehr deutlich ausgesprochen in der folgenden Stelle der Goslarischen Statuten — pg. 72 l. 1 —:

Is en man scult sculdich dar he sinen bref up ghift »oder« dat de voghet beseghelet, dat he de scult bekannt hebbe in richtes stat, wert he na dar umme sculdighet unde bekant he sines breves oder wert he des vertüghet mit des voghedes breve unde mit dinghlüden, vor de scult pp.

Denn hier ist offenbar einmal die Rede von einer Privaturkunde, das andere Mal von einem von Vogt und Dingleuten ausgestell-

14. Es ist erst ein späterer Zusatz der Goslarischen Statuten, welcher bestimmt, daß Jemand eines Siegels durch Vergleichung mit anderen von ihm anerkannten als des seinigen überführt werden könne. Es ist damit nicht ausgesprochen, daß der Beklagte alsdann auch nicht zum Eide über die Schuld selbst gelangen könne. l. 85 ibid.

ten Briefe. Damit die erste einen Beweis liefere, bedarf es noch des ausdrücklichen Geständnisses, d. h. sie beweist nichts, der andere aber vertüghet den Beklagten, er hat die Kraft eines Gerichtszeugnisses.

§. 10.

Die juristische Natur des Gerichtszeugnisses.

Aller Beweis durch Eid und Gezeugniß ging aus von dem Urtheile der Parthei und seine Tendenz war, eben dieses nur zu einer erhöhten Potenz zu bringen. Auch der Beweis durch gerichtliches Zeugniß muß nothwendig nach so gestaltetem ersten Verfahren von diesem Urtheil der Parthei ausgehen und er gelingt, wenn er ein gleichlautendes Urtheil herstellt. Aber hier, wo die Thätigkeit der Parthei im Beweise ganz zurücktritt, fragt es sich, ob die Function des Gerichtes auch nur eine zum Partheiurtheile hinzutretende ist, demselben nur eine erhöhte Kraft verleiht. Es fragt sich, ob nicht bei dieser Art des Beweises die Thätigkeit des Gerichtes prinzipiell als eine doppelte sich darstellt. Die eine, welche Desjenigen, was als eine Reihe auseinander liegender Thatsachen sich vor ihm begab, selbständig oder auf Grund einer mehr oder minder ausführlichen Urkunde sich erinnert, dasselbe reproducirt, welche zeugt. Die andere, welche auf Grund des so Bezeugten ein selbständiges Urtheil fällt, welche entscheidet. Mit der Annahme einer solchen Doppelthätigkeit würde der behaupteten Grundanschauung des Beweises, welche dem Gerichte nirgends die Befugniß einräumt, das Materielle der Sache als richterliche Behörde selbständig zu entscheiden, eine Modifikation hinzugefügt, die entweder als eine Ausnahme oder als eine ebenbürtige zweite Grundidee sich jener an die Seite stellte. Aber dieser Annahme läßt sich die andere Anschauung gegenüberstellen, welche behauptet, daß auch bei dieser Art des Beweises die Thätigkeit des Gerichtes als eine einheitliche betrachtet werden müsse, daß

auch hier dem Gerichte nicht ein neues Attribut beigelegt werde, sondern daß es seine entscheidende Kraft lediglich seinem Gebrauche als Beweismittel verdanke, daß auch hier dem Beweise und der Entscheidung das Urtheil der Parthei ununterbrochen zu Grunde liege und daß das Gerichtszeugniß nur die letzte Garantie desselben enthalte. Und dafür, daß nur diese Anschauung in den Quellen sich wiederfinde, scheinen überwiegende Gründe zu sprechen:

Es muß als ein allgemein gültiger Grundsatz angesprochen werden, daß das Gerichtszeugniß niemals verbunden werden konnte mit anderen Beweismitteln, niemals mit dem alleinigen Eide oder dem Gezeugniß. Denn nirgends finden wir in den Quellen eine Erwähnung, ja auch nur eine Andeutung dieser Verbindung. Nun liegt es aber nicht nur im Bereiche der Möglichkeit, sondern auch der Wahrscheinlichkeit, daß vielfach die einzelnen Thatsachen, die ein behauptetes oder verneintes, vielleicht verwickeltes Rechtsverhältniß begründen, zum Theil in die Verhandlung vor Gericht, zum Theil außerhalb dieselbe fallen, zum Theil im Gedächtnisse des Gerichtes oder in der Darstellung der Urkunde enthalten sind, zum Theil es nicht sind. Wäre die Anwendung des Gerichtszeugnisses der Punkt im Beweisverfahren gewesen, an dem sich der Beweis auf die einzelnen Thatsachen richtete und über sie erst ein weiteres Urtheil des Gerichtes zu gewärtigen war, so wäre es einfach unbegreiflich, warum man hier nicht je nach dem Bedürfnisse eine Combination verschiedener Beweismittel gestattet, ja durchaus nothwendig erachtet hätte. Gerade darin nun, daß man die Möglichkeit einer solchen Combination nicht zugestand, liegt der Beweis, daß auch das Gerichtszeugniß die Einheit des Beweisthemas festhielt, daß es sich nicht richtete auf einzelne Thatsachen, sondern unmittelbar auf das behauptete oder verneinte Recht, auf das Urtheil der Parthei. Ebenso wie im Gezeugniß die Gezeugen auf Grund ihres Wissens, gerade so giebt das Gericht auf Grund dessen, was vor ihm geschah, ein Urtheil ab über das

Urtheil der Parthei. Jene gerichtlichen Vorgänge sind nicht die prinzipalen Objekte des Zeugnisses, sie sind sekundäre, innere Momente für die Ueberzeugung des Gerichtes. Es ist durch sie befähigt, das Urtheil der Parthei selbständig zu wiederholen, aber es urtheilt nicht als richterliche Behörde, sondern weil es Beweismittel ist.

Dafür, daß das Urtheil der Parthei den unmittelbaren Inhalt des Beweises auch beim Gerichtszeugnisse bilde, spricht ferner noch die Festhaltung des Grundsatzes, daß nur Eine Parthei den Beweis mittels desselben führen könne. Wäre hier der Beweis auf die einzelnen Thatsachen gegangen, so war kein Grund, ihn der andern Parthei zu versagen. Das Gericht hätte die einzelnen, gelieferten Beweise geprüft und combinirt und darauf hin seinen entscheidenden, jeden Widerspruch lösenden Spruch gethan. Nur wenn es diese entscheidende Kraft nicht hatte, wenn es lediglich das Urtheil der Parthei reproducirte, war die Zweiseitigkeit des Beweises unmöglich. Diese Unmöglichkeit finden wir denn allerwärts anerkannt. Auch beim Zeugniß mittels des Gerichtes wird der Beweis allerwärts nur Einer Parthei zuertheilt — Rchtstg. c. 24 (pg. 43 l. 19). Sachsensp. I, 13 §. 2. Gslr. pg. 6 l. 7 u. s. w. — und gerade eine Stelle der Goslarischen Statuten, die hierin Zweifel erregen könnte, scheint hiefür noch eine besondere Bestätigung zu liefern:

Wes men mit gherichte unde dinghlüden vulkomen mach, dat mot men liden, men ne moghe's sich untreden mit richtern unde dinghlüden. pg. 94 l. 15.

Denn hier ist nicht sowohl die Rede von zwei sich gegenüberstehenden Gerichtszeugnissen, sondern davon, daß der Gegner sich das Beweisrecht selbst gewinnen und die andere Parthei von jedem Beweise ausschließen müsse, wenn sie überhaupt zum Gerichtszeugnisse gelangen will.

Daß endlich auch dem Gerichtszeugnisse der Gedanke einer Garantie zu Grunde liegt, dafür liefert den Beweis die doppelte

Form, in der dasselbe erscheint. Je nach der Wichtigkeit des zu beweisenden Rechtes nämlich werden zur Vollführung desselben entweder 7 oder nur 3 Gerichtspersonen erfordert. — cf. Sachsensp. I, 7 a. E. und I, 8 §. 1. — Es ist aber zu wiederholen, daß es dem Gedanken eines logischen Beweises, der sich auf einzelne Thatsachen richtet, zuwider ist, die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit je nach der Wichtigkeit des Gegenstandes an verschiedene Erfordernisse zu knüpfen. Die Statuirung eines solchen niedrigen und erhöhten Beweises ist nur verträglich mit der Idee einer Garantie.

Unter diesen Gesichtspunkten finden wir denn auch beim gerichtlichen Zeugnisse die behauptete Grundanschauung des Beweises wieder. Es ist immer nur das Urtheil der Parthei, welches den materiellen Inhalt der Entscheidung liefern kann, aber damit dieses Urtheil auch im einzelnen Falle die Kraft erhalte, die abschließende und endgültige Entscheidung herbeizuführen und das entgegenstehende Urtheil des Gegners zu besiegen, bedarf es einer besondern, formellen Garantie. Diese Garantie wird hier dadurch erbracht, daß das Gericht auf Grund der vor ihm geschehenen Verhandlungen das Urtheil der Parthei wiederholt und bestätigt. Nur dadurch unterscheidet sich das Gerichtszeugniß von den anderen Beweismitteln, daß seine Function gegenüber der Parthei eine durchaus selbständige ist und daß es das Erforderniß der objektiven Richtigkeit des Partheiurtheiles noch viel schärfer hervorhebt, als selbst die späteren Phasen des Gezeugnisses. Erst auf dieser Grundlage läßt sich begreifen, daß man auch den Beweis mittels Gerichtszeugnisses als ein Recht der Parthei betrachtet, daß sich die Parthei dasselbe immer mit der Phrase zu erringen suchte: „ob sie nicht näher sei zum Beweise"? z. B. Cautel (pg. 4 l. 1). Rchtstg. c. 24 (pg. 43 l. 19). c. 41 (pg. 83 l. 25)[15] u. s. w..

15. Unger giebt: ab du in icht neher seist zu entgen, wenn er dich zu

Wenn wir nun auch ein und dieselbe Grundanschauung des Beweises für alle Beweismittel wiederzufinden glaubten, so ist doch das Gerichtszeugniß derjenige Punkt, an den sich eine ganz neue Anschauung des gesammten Prozesses anknüpft. Wir sahen, wie sich möglicherweise die Thätigkeit des Gerichtszeugnisses in zwei Faktoren zerlegen ließ: in denjenigen, welcher die einzelnen Vorgänge bezeugte, und den andern, welcher gestützt auf diese eine selbständige Entscheidung abgab. Wir hatten zwar diese Unterscheidung für den ursprünglichen Charakter des Beweises und auch dieses Beweismittels verworfen, aber es läßt sich nicht leugnen, daß sich bald praktisch eine solche Unterscheidung geltend machte. Dies wurde besonders bewirkt durch das Umsichgreifen des Urkundenwesens. Durch die Verbriefung wurde gleichsam der erste Faktor, der ohne sie ein innerlicher geblieben wäre, verkörpert und zu einer selbständigen Bedeutung erhoben, während er früher nur die Fähigkeit des Gerichtes begründete, das garantirende Urtheil abzugeben. Außer dieser Urkunde war aber zum Beweise noch eine neue Thätigkeit nothwendig, welche nun unter Erwägung der dort niedergeschriebenen Umstände ein Urtheil fällte. Somit erschien auch der zweite Faktor als ein selbständiger und von dem ersten wesentlich verschiedener. Daher finden wir denn in den Magdeburger Fragen schon den Grundsatz, daß die Urkunden für beide Partheien ein gemeinschaftliches Rechtsmittel seien — ein Grundsatz, der der Idee einer Garantie, die nur für den Beweisführer sprechen oder deficiren kann, zuwider ist. Sie discutiren über die möglichen Auslegungen des Briefes und das Gericht fällt, abgesehen von dieser oder jener Meinung der Partheien, sein selbständiges Urtheil. — Magdeb. Fragen I, c. 4. d. 8. — Erinnern wir uns ferner, wie auch das Gezeugniß immer mehr dahin drängt,

---

uberwinden? Es muß aber offenbar heißen: a. d. i. i. n. s. z. uberwinden, w. e. d. z. entgehen — wie gleich die folgenden Worte lehren.

einerseits sich loszulösen von der Parthei, anderseits seine Selbständigkeit gegenüber dem Gerichte zu verlieren, so kündigt sich auf allen Seiten der Gedanke an, daß das Gericht aus einer blos leitenden und coercirenden zu einer das Materielle der streitigen Sache selbständig entscheidenden Behörde werden sollte, daß die Thätigkeit der Partheien im Beweise allmälig aus einem Rechte sich in die Pflicht verwandelte, dem Gerichte das nöthige faktische Material zu liefern, das die Fällung des Endurtheiles durch eine von ihnen unabhängige Behörde bedingte. So entwickelten sich innerhalb unseres eigenen Rechtes die Keime der modernen Anschauung von Gericht und Beweis und es ist zu wiederholen, daß das fremde Recht nur einen schnellen, für die gesunde Continuität der Rechtsentwicklung übereilten Abschluß brachte.

Zweiter Theil.

Die Lehre von der Vertheilung des Beweisrechtes.

§. 11.

Allgemeines. Aufgabe.

Aller Beweis enthält ein Urtheil der Parthei, das durch ihn zum entscheidenden werden soll. Aller Beweis ist einseitig, denn über den verschiedenen Partheiurtheilen steht keine Behörde, die die Resultate entgegengesetzter Beweise abwägen, entscheiden könnte. Darum ist das Führen des Beweises ein Recht, das höchste Recht der Parthei im Prozesse. Darum ist der Beweis für die Gegenparthei eine Pflicht, der sie sich unterziehen, eine schwere Last, die sie „leiden“ muß. Mit dieser Anschauung des Be-

weises ist es nicht vereinbar, denselben lediglich als eine formelle Behandlungsweise eines Rechtsverhältnisses, als einen formellen Durchgangspunkt im Prozesse zu betrachten, der eine Bedeutung nur innerhalb eines Prozesses erhält und für den materiellen Inhalt des Rechtsverhältnisses keinen Gesichtspunkt abgiebt. Vielmehr giebt der Beweis, je nachdem er hier dem Berechtigten, dort dem Verpflichteten zusteht, dem Rechtsverhältnisse selbst eine besondere, auch außerhalb des Prozesses zu beachtende, selbständige Färbung. Man fühlt sich veranlaßt, das Recht nicht blos nach seinen Erfordernissen und Wirkungen im Zustande der Ruhe in's Auge zu fassen, sondern die Art und Weise seiner Durchführbarkeit, die das Beweisrecht bestimmt, bildet von Anfang an eine wesentliche Eigenschaft desselben. Daher genügt es auch unseren Quellen da, wo sie den juristischen Charakter eines Rechtsverhältnisses mit einiger Vollständigkeit entwickeln wollen, niemals blos die streng materielle Seite in's Auge zu fassen, sondern sie betrachten die Darstellung seines Inhaltes erst dann als voll und erschöpft, wenn sie das in demselben anwendbare Beweisrecht bestimmt haben. So steht dieses Recht gleichsam in der Mitte zwischen einem blos prozessualischen und materiellen Rechte, insofern es zwar nur innerhalb des Prozesses zur Wirksamkeit kommt, aber doch das dadurch bedingte Moment der Sicherung für den materiellen Inhalt eines Rechtsverhältnisses von größter Bedeutung ist. Ungefähr wie das mit einer Forderung verknüpfte Pfandrecht derselben selbst dann einen besondern Charakter ausdrückt, wenn es seiner Ausübung niemals benöthigt.

Weil nun dieses Beweisen ein Recht ist und weil dasselbe in genauer Beziehung und von großer Bedeutung für das Rechtsverhältniß selbst ist, so müssen wir zu der Ansicht gelangen, daß die Frage, wer zum Beweise berechtigt sei, nicht entschieden werden kann nach dem Wechsel formeller, dem Belieben der Partheien mehr oder minder anheimgestellter Rücksichten. Es kann das Be-

weisrecht nicht davon abhängen, ob Jemand Kläger oder Beklagter sei, ob er bejahe oder verneine, es kann nicht verschieden sein, je nachdem in dieser oder jener Weise der Prozeß eingeleitet und fortgeführt ist. Vielmehr müssen es höhere und festere Gesichtspunkte sein, aus denen jene Frage zu entscheiden ist: solche, die von Anfang an den Interessenten an einem Rechtsverhältnisse das Beweisrecht leicht erkennbar machen, indem sie es prinzipaliter und unabhängig von den wechselnden Eventualitäten des prozessualischen Verfahrens dem einen oder dem andern zuschreiben.

Der Beweis geht ja ferner nicht auf die einzelnen relevanten Thatsachen. Es können daher nicht einfach die logischen Prinzipien anwendbar sein, welche regelmäßig nur eine realbejahende Thatsache für des Beweises bedürftig und befähigt erklären. Er geht vielmehr unmittelbar auf das Recht selbst. Daher wird in der Regel die innere Natur dieses Rechtes entweder schlechthin das Beweisrecht selbst oder doch dessen Modalitäten bestimmen.

Es ist also ein System selbständiger und unveränderlich bestimmter Regeln, die über das Beweisrecht entscheiden.

Wie nun aber das Beweisrecht unmittelbar die Pflicht einschloß, für das zu beweisende Urtheil gewisse Garantien zu erbringen, so steht mit der Frage: „wer beweist?“ die andere: „wie ist zu beweisen?“ in untrennbarem Zusammenhange. Es soll der Beweis nicht zunächst ein logisches Urtheil begründen, das sich aus verschiedenen, der Willkür der Parthei zu überlassenden Faktoren bilden kann; vielmehr soll er solche Garantien erbringen, auf welche und auf deren Art die Gegenparthei und das Gericht ein bestimmtes Recht haben, das der Beweisführer nicht beeinträchtigen darf. Denn jene muß das so oder so garantirte und darum entscheidende Urtheil leiden, dieses es schützen und vollziehen. Wenn es daher heißt:

Sachsensp. II, 48 §. 2: Man ne sol ok nicht vinden to rechte

wo en man en gut oder ene gewere des gudes getügen solle, ime ne si aller irst die getüch mit ordelen erdelt.
und wenn im Richtsteig, erst nachdem die Frage, „wer näher zum Beweise sei"? entschieden ist, gefragt wird:

»wie du es behalden solt«? — Rchtstg. c. 13 (pg. 23 l. 8). c. 17 (pg. 32 l. 21). c. 16 (pg. 30 l. 8—16) u. s. w. —

so liegt hierin zunächst die Anerkennung der Nothwendigkeit, daß man, bevor die Modalität des Beweisrechtes zu bestimmen sei, über das Recht selbst entschieden sein müsse; aber es ist damit auch ausgesprochen, daß regelmäßig die Gattung oder innerhalb derselben wenigstens die Art des Beweismittels nicht der Wahl des Beweisberechtigten überlassen sei. Vielmehr unterliegt auch die Anwendung der verschiedenen Beweismittel gewissen, der Urtheilfindung darüber fähigen und also objektiven und bestimmten Rechtsregeln.

Unsere Aufgabe ist es nun, diese Regeln, welche das Beweisrecht für die verschiedenen Rechtsverhältnisse dem einen oder dem anderen Interessenten zusprechen und dessen Modalität, d. i. die Beweismittel bestimmen, aufzufinden und zu erörtern.

Diese Untersuchung zerfällt aber nothwendig in zwei große Parthien.

Die Grundsätze, welche das Beweisrecht bestimmen, erhalten offenbar da die einfachste und reinste Anwendung, wo der Behauptung eines Rechtsverhältnisses die Verneinung desselben entgegengesetzt wird, sei nun diese Verneinung eine gänzliche oder theilweise, eine einfache oder motivirte. Motivirt nennen wir aber die Verneinung dann, wenn eine oder mehrere vereinzelte Thatsachen behauptet werden, die die Tendenz haben, das Rechtsverhältniß als nicht entstanden oder jetzt nicht mehr vorhanden oder als in seiner Wirkung gänzlich oder theilweise paralysirt darzuthun.

Eine von diesen Fällen ganz verschiedene Behandlung muß nothwendig dann eintreten, wenn der Behauptung eines Rechts-

verhältnisses vom Gegner ebenfalls die Behauptung eines selbständigen Rechtsverhältnisses entgegengesetzt wird, das entweder die Existenz oder die Wirkung des ersteren ausschließen soll. Hier bedarf es für die Frage des Beweisrechtes einer doppelten Erörterung. Auf der einen Seite müssen die beiden oder mehreren Rechtsverhältnisse gesondert und unabhängig von einander betrachtet werden und danach, als ob sie einfach verneint wären, das Beweisrecht festgestellt werden. Würde man aber ferner auch hier an der Einseitigkeit des Beweises festgehalten haben — und dies ist und mußte geschehen — so war auf der anderen Seite die Entscheidung der zweiten Frage nothwendig, welches von den beiden oder mehreren, an und für sich begründeten Beweisrechten in Anwendung kommen und somit das andere ausschließen sollte.

Wir können daher, je nachdem dem behaupteten Rechtsverhältnisse blos dessen Verneinung oder aber ein anderes selbständiges Rechtsverhältniß gegenüber tritt, die beiden zu sondernden Parthien unserer Untersuchung bezeichnen als

1) die Lehre vom Beweisrechte in einfachen Rechtsverhältnissen und als

2) die Lehre von dem Vorzuge unter mehreren, sich gegenüberstehenden Beweisrechten.

Erster Abschnitt.

Die Lehre vom Beweisrechte in einfachen Rechtsverhältnissen.

Erstes Kapitel.

Die Bestimmung des Beweisrechtes nach der Art des Beweismittels.

§. 12.

Für die Bestimmung des Beweisrechtes pflegt man den Satz des Sachsenspiegels an die Spitze zu stellen, welcher als das

zweite Recht, das die Sachsen wider Karls Willen behielten, anführt:

Svat so de man vor gerichte nicht ne dut, svo wetenlik it si, dat he des mit siner unscult untgeit unde man's in nicht vertügen ne mach. Sachsensp. I, 18 §. 2.

Und in der That ist derselbe von höchster Bedeutung. Zunächst nicht deswegen, weil er jenes Vorrecht der Sachsen näher bestimmt, sondern deswegen, weil er anerkennt, daß innerhalb desselben Rechtsverhältnisses das Beweisrecht auf verschiedene Weise bestimmt sein könne, weil er uns lehrt, daß jenes besondere, bevorrechtigte Beweisrecht erst dann zur Anwendung komme, wenn ein bestimmter Umstand nicht vorhanden sei.

Dies nöthigt uns, an die Spitze unserer Erörterung als Cardinalgrundsatz die Regel zu stellen: daß überall da, wo das zu Beweisende vor Gericht geschah, derjenige der Interessenten das Recht des Beweises erlange, der sich auf das Zeugniß dieses Gerichtes berufe.

Wir finden diese Regel aller Orten in allen Rechtsquellen, im Sachsenspiegel, im Kaiser-Weichbilde, in allen Verzweigungen des Magdeburgischen Rechtes so ausnahmelos ausgesprochen, daß sie eines Beweises nicht bedarf. Es ist also hier ein rein formelles und ganz äußerliches Moment: die Möglichkeit des Gerichtszeugnisses, welches das Beweisrecht begründet. Aber gerade darum ist diese Begründungsart die universellste — sie ist nicht beschränkt auf irgend welche Gattung von Rechtsverhältnissen; sie findet sich in allen obligatorischen Verhältnissen, im Sachen- und Personenrecht; kurz wie viele Begebnisse des Rechtslebens sich vor Gericht ereignen und Gegenstand des Streites sein können, in so vielen ist sie entscheidend.

Aber nicht allein allumfassend ist diese Begründungsart des Beweisrechtes, sondern sie ist vor allen Dingen auch eine solche, die jede andere Entstehung und Geltendmachung desselben unbe-

dingt ausschließt. Gerade dies ist ihre charakteristischste Bedeutung. Wenn daher auf irgend welcher anderen Grundlage, als der des Gerichtszeugnisses, das Beweisrecht einer Parthei zugesprochen wird, so geschieht dies immer unter der Voraussetzung, daß sich der Gegner nicht auf das Gerichtszeugniß berufen könne, unter der Reserve

svat he vor gerichte nit gelent ne hevet. Sachsensp. I, 7.

ane waz man vorzeugen mag mit gerichte. Dist. IV, c. 43 d. 1.

men ne moghes ene overwinnen mit gherichte unde mit twen bederven mannen. Gslr. pg. 78 l. 39.

und dergleichen. Aber es ist falsch, diese Reserve als die Hinstellung einer Ausnahme aufzufassen, sie ist umgekehrt der prägnante Ausdruck dafür, daß jede andere Begründungsart des Beweisrechtes, gleichsam nur hülfsweise, zur Geltung kommt, wenn jene umfassendste und kraftvollste nicht Platz greifen kann. Wie nun dieses Beweisrecht nur immer mittels Gerichtszeugnisses ausgeübt wird, so ist es nur eine andere Wendung desselben Gedankens, wenn wir gesagt finden, das Beweismittel des Gerichtszeugnisses habe den Vorzug vor dem Eide und dem Gezeugnisse. Denn diese sind eben diejenigen Beweismittel, die der Gegenparthei, die ihr Beweisrecht nicht aus dem Gerichtszeugnisse ableitet, allein zustehen können. So fragt der Kläger:

Nach dem male das er disz ding, darumb ich in vor gerichte beschuldiget hab, vor gericht getan hab, ob ich in mit zwaien mannen und dem richter baz überzeugen mag, dan er des unschuldig werden müg, seitmal das er es vor gericht getan hat? Cautel (pg. 4 l. 1).

Dies wird bejaht und damit der alleinige Eid des Beklagten ausgeschlossen. Oder es fragt der Gegner Desjenigen, der seine Freiheit und Ehre mit Gezeugniß erweisen will:

nach dem das es vor gericht gescheen sey, also, ab er leicht

in die aberacht getan wer und also geuneert wer worden, ader ab er sich vor gerichte zu eigen geben hett, weder du es in icht neher seist zu ubergeen, dann er es dir zu versachen sey? Rchtstg. c. 24 (pg. 43 l. 19).
Auch dies wird bejaht und damit das Gezeugniß des Gegners ausgeschlossen.

Es bedarf kaum einer Bemerkung, daß dieselben Grundsätze eintreten, wenn sich die Parthei auf Modifikationen des Gerichtszeugnisses beruft, wie die leibliche Beweisung — Sachsensp. I, 13 §. 1. 15 §. 2. 22 §. 4 — und die Briefe — Dist. III, c. 21 d. 14. — sind.

Fragen wir nach den Gründen, welche dahin führen mußten, dem Erbieten zum Gerichtszeugnisse eine so starke und durchgreifende Wirkung zu verleihen, daß dasselbe unbedingt und mit Ausschluß jedes anderen Erwerbungsgrundes das Beweisrecht gewann, so müssen wir sie zunächst in der Natur dieses Beweismittels selbst suchen. Wir haben gesehen, wie das Gerichtszeugniß sich loslöste von der Mitwirkung der Parthei, wie durch dasselbe die letzte Entscheidung der Sache frei in der Hand des Gerichtes, wenn auch als einer nur zeugenden Behörde, lag. Es war nicht mehr blos das feine Gewissen und die subjektive Anschauung, auf der die Durchführbarkeit der Sache beruhte. Es war das unabhängige, interesselose Urtheil Dritter, welches gefordert, es war die objektive Richtigkeit der partheiischen Behauptung, welche in das Auge gefaßt wurde. So mußte man in dem Zeugnisse des Gerichtes eine größere Sicherheit und eine stärkere Garantie für die Behauptung der Parthei finden, als sie die anderen Beweismittel gewährten. In diesem Momente lag es, daß man dem Beweismittel des Gerichtszeugnisses selbst jene Kraft beimaß, das unbedingte Beweisrecht der Parthei zu verschaffen. Es fand also unter den Partheien gleichsam ein Ueberbieten bezüglich der Beweismittel statt. Weil der Parthei, welche aus einem anderen

Grunde als diesem das Beweisrecht beanspruchte, nur die schwächeren Garantien des Eides oder Gezeugnisses zur Seite standen, so mußte die andere Parthei, welche die stärkere und stärkste Garantie des Gerichtszeugnisses für ihre Behauptung anbot, eben dadurch sich das Beweisrecht gewinnen. Und wie dieses immer einseitig war, so war es auch ausschließend. Dieser Gedanke spricht sich am prägnantesten in einer schon oben angeführten Stelle der Goslarischen Statuten aus:

Wes men mit gherichte unde dinghlüden vulkomen mach, dat mot men liden, men ne moghes sich untreden mit richteren unde dinghlüden. Gslr. pg. 94 l. 15.

Diese Stelle steht nämlich in unmittelbarer Verbindung mit der vorhergehenden — ibid. l. 11—14 —, welche in obligatorischen Verhältnissen das Beweisrecht dahin bestimmt, daß dasselbe dem Beklagten und seinem Eide zukomme. Erbietet sich aber der Kläger zum Gerichtszeugnisse, so bricht er jenes Beweisrecht zu seinen Gunsten. Hier nun erbietet sich hinwiederum der Beklagte zu Erbringung desselben Beweismittels; und da in dieser Lage ein Ueberwiegen der einen Garantie über die andere nicht mehr stattfindet, so wird das Beweisrecht nach Maßgabe der abgesehen vom Gerichtszeugnisse eintretenden Regeln auf's Neue dem Beklagten zugesprochen.

Bei diesem Prävaliren des Gerichtszeugnisses sind aber auch noch die eigenen Intentionen und Interessen der Partheien in Betracht zu ziehen. Denn wenn es zum größten Theil in ihrem Belieben stand, ob sie ein Rechtsverhältniß vor Gericht begründen wollten oder nicht, so konnte sie keine andere Absicht zu jener Publicirung ihres Aktes führen, als die, dadurch ihren Ansprüchen eine besondere Sicherheit und einen besonders hohen Grad der Durchführbarkeit zu verleihen. Dieser Absicht wurde durch den Vorzug, den jede Parthei durch die Berufung auf Gerichtszeugniß erwarb, Rechnung getragen.

In manchen wichtigen Rechtsverhältnissen endlich verlangte es das Interesse Dritter und auch der Gesammtheit, daß denselben nicht nur bei ihrer Entstehung der Charakter der Publicität aufgedrückt werde, sondern daß ihnen derselbe auch bei jedem Akte ihrer Wirksamkeit erhalten bleibe. Darum erschien bei ihnen der Beweis mit dem Gerichte nicht nur als ein bevorzugter, sondern als der allein zulässige. So scheint man bei dem Erbvertrage überhaupt gar kein anderes Beweisrecht als das durch Gerichtszeugniß gestattet zu haben:

Heyscht eyner erbe von gelobdes wegen, daz sal man haben vor unrecht, dy rechten erben habe is denne willebort vor gerichte, so daz man is zcu lantrechte geczugen magk mit den richteren unde mit den dingkphlichtigen, in wichbilde mit richter und mit schepphen adder mit richtes brieffen. Dist. I, c. 20 d. 3. cf. Sachsensp. II, a. 30. Gslr. pg. 9 l. 6.

So ließ man bei Vergabungen von Grundeigenthum ein anderes Beweisrecht mit einem anderen Beweismittel als dem Gerichtszeugnisse nur zur Aushülfe zu, wenn dieses nicht mehr vorhanden war, wie dies aus einer speciellen Entscheidung der Magdeburger Schöffen hervorgeht:

Hat des mannes weib einen brieff gehabt von richtern, schöpffen und gehegten ding, das ir das erb gegeben war und ist ir der brieff verbrannt, das sol sie zu den heiligen schweren, und sind denn richter und schöpffen, vor den das erbe auffgelassen war, verstorben, so (dann erst) mag sie selbsieben gezeugen. Magdeburger Fragen I, c. 6 d. 1. cf. II, c. 1 d. 4.

Obwohl es nun hier ein formelles Moment ist, welches das Beweisrecht bestimmt, so ist doch der Inhalt der zu beweisenden Rechtsverhältnisse nicht ohne Einfluß auf dasselbe. Die Verschiedenheit jenes bestimmt die Modalität des Beweises. Wir sahen, wie das Gerichtszeugniß in verschiedenen Potenzen gebraucht wird,

einmal so, daß nur sieben Gerichtspersonen, das andere Mal so, daß schon drei derselben es vollführen. Die Abgrenzung beider Modalitäten geschieht in der folgenden Weise:

Svat he vor gerichte (borget oder lovet unde svat he) dut, des vertüget en de sakeweldige mit tven mannen unde de richter salde dridde sin. Sachsensp. I, 7. cf. I, 8 §. 3. II, 44 §. 2. Cautel (pg. 3 l. 30) u. s. w.

Dagegen:

Svar man aver egen gift oder sat oder enem manne tügen wil an sin recht oder an sin lif oder an sin gesunt, dat de man vor gerichte verlovet hebbe oder ime verdelt si; des mut die richter selve sevede sogedaner lüde, de eme ordel vinden, getüch sin. Sachsensp. I, 8 §. 1. cf. III, 28 §. 2. Weichbild a. 32 u. s. w.

Im Bereiche der Immobiliar-, der Personen- und Standes-Rechte kommt also die Siebenzahl, in allen anderen Rechtsverhältnissen nur die Zweizahl zur Anwendung. Doch macht hier das Goslarische Recht eine Ausnahme, indem es überall nur drei Gerichtspersonen für das Gerichtszeugniß erfordert:

Priv. Friderici II.: Si aliquis burgensis domum suam pignori obligare voluerit, si tres vel duos veraces suos vicinos cum judice adhibuerit, sufficere judicamus. pg. 112 l. 27.

und ganz im Allgemeinen:

Wat men tüghen schall, dat tüghet men mit emme richtere unde mit tven bederven mannen. Gslr. pg. 92 l. 1.

Zweites Kapitel.

Die Bestimmung des Beweisrechtes nach der innern Natur der Rechtsverhältnisse.

§. 13.

Allgemeine Uebersicht.

Wenn ein Rechtsverhältniß vor Gericht zur Entstehung kam, so war es natürlich und regelmäßig, daß die interessirte Parthei

sich auf das Gerichtszeugniß berief und dadurch den Vorzug im Beweise sich errang. Die Begründung anderweitiger Bestimmungen des Beweisrechtes geht daher von der Voraussetzung aus, daß das Rechtsverhältniß nicht vor Gericht entstand oder wenigstens, daß die Parthei diesen Umstand nicht urgirte. Ueberall da ferner, wo das Beweisrecht bestimmt wird durch das Gerichtszeugniß, muß nothwendig auch dieses Beweismittel zur Anwendung kommen, und umgekehrt, wo dieses Beweismittel angewandt wird, ist auch das Beweisrecht dadurch bestimmt. Wenn daher aus irgend einem anderen Grunde das Beweisrecht zuerkannt wird, so können als Beweismittel nur noch in Frage kommen: der alleinige Eid der Parthei und das Gezeugniß. In Bezug auf diese finden wir nun die durchgreifende und wenigen Ausnahmen unterworfene Regel, daß da, wo dem Beklagten das Beweisrecht zugesprochen wird, immer der alleinige Eid desselben das Beweismittel bildet, daß hingegen, wenn der Kläger zum Beweise gelangt, dieser immer und nothwendig mit dem Gezeugnisse vollführen muß. Dadurch ist, der äußeren Erscheinung nach, die Frage: wer hat das Beweisrecht? identisch mit der anderen: welches Beweismittel kommt zur Anwendung? Es findet eine nothwendige Verbindung zwischen beiden statt; es ist ein sicherer Schluß von der Beantwortung der einen auf die der anderen möglich.

Die Beantwortung dieser Frage nun aber stützt sich nicht, wie bei dem Beweisrechte mittels Gerichtszeugnisses, auf ein äußeres, formelles oder prozessualisches Moment, sondern die Entscheidung wird erbracht durch die innere juristische Natur des Rechtsverhältnisses selbst. Einen allgemeinen Beweis für diese Behauptung liefert uns wiederum jene berühmte Stelle des Sachsenspiegels, welche als zweites Vorrecht[16] der Sachsen in Anspruch nimmt:

---

16. Inwieweit dieses Recht ein Vorrecht der Sachsen ist, muß die Ver-

Svat so de man vor gerichte nicht ne »dut« svo wetenlik it si, dat he des mit siner »unscult« untgeit, unde man's in nicht vertügen ne mach. ibid. I, 18 §. 2.

Mag man nämlich den Ausdruck »dun« noch so weit verstehen und eine vielzählige Reihe von Rechtsverhältnissen darunter begreifen, so giebt er doch eine bestimmte Kreislinie an die Hand, über die hinaus er nicht gedeutet werden darf. Von einem »dun« kann immer nur die Rede sein, wenn ein Willensakt, eine durch den Willen bestimmte That, eine Handlung vorliegt. Und so schreibt denn der Sachsenspiegel dem Beklagten und seinem alleinigen Eide das Beweisrecht der Negative in allen den Rechtsverhältnissen zu, wo der Anspruch des Klägers lediglich sich stützt auf einen Willensakt, eine Handlung des Beklagten und nur in einer solchen seine Begründung findet. Denselben Gedanken drücken andere Stellen aus:

Die man mach aller scüldegunge mit siner unscult untgen. Lehnr. 19 §. 2.

Wes men ene sculdighet, des mach he sic untsculdighen mit sines enes hant. Gslr. pg. 36 l. 5. pg. 78 l. 38. pg. 94 l. 11.

Denn es liegt in dem Worte scüldegunge, sculdighet, daß der Anspruch seinen Grund habe gleichsam in einer Selbstbestimmung des Beklagten.

Danach umfaßt denn dieses Beweisrecht des Beklagten zunächst das ganze Criminalrecht; dies interessirt uns nicht. Es umfaßt aber ferner im Gebiete des Civilrechts den großen Kreis aller obligatorischen Verhältnisse im weitesten Sinne des Wortes, mögen sie auf Verträgen oder auf Delikten beruhen. Dürfen wir annehmen — und diese Annahme wird sich rechtfertigen — daß

---

gleichung mit anderen Rechtsgebieten lehren. Für unsere Aufgabe ist es natürlich das regelmäßige Recht. cf. Stobbe, Vertragsrecht pg. 72. 73.

der Sachsenspiegel in jener Stelle prinzipiell den ganzen Umfang derjenigen Rechtsverhältnisse umschreiben wollte, in denen dem Beklagten der Beweis der Negative zustände und der alleinige Eid desselben Platz griffe, so würde in allen anderen Rechtsverhältnissen, die durch jene Bestimmung ausgeschlossen sind, das Beweisrecht des Beklagten und der alleinige Eid nicht stattfinden. Wir dürfen folgern, daß bei allen den Rechtsansprüchen, die sich nicht auf den rechtlich gebundenen Willen eines Dritten, sondern auf ein solches Recht stützen, das lediglich auf der Persönlichkeit des Klägers und auf sich selbst ruht, das Beweisrecht des Klägers und das Gezeugniß eintritt. Es ist dies das Gebiet der Sachen- und Personenrechte.

Den ausführlichen Beweis dieser Sätze im Einzelnen zu liefern, ist die Aufgabe des Folgenden.

I.

Die obligatorischen Rechtsverhältnisse.

§. 14.

Die einfache Verneinung.

In allen obligatorischen Verhältnissen ist es das Wesentliche, daß der Wille des Schuldners als rechtlich gebunden erscheint. Dies kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Die hauptsächlichsten sind der Vertrag und die widerrechtliche Handlung. Beide unterscheiden sich ganz wesentlich von einander. Bei jenem bedarf es außer dem Willen des Schuldners auch noch des Willens des Gläubigers; beide müssen eine gewisse Richtung nehmen, die sich durch den Inhalt der Obligation bestimmt; in dieser müssen sie sich gegenseitig ergreifen, in ihr sich vollkommen homogen und übereinstimmend gebahren. Bei der Begründungsart durch Delikt hingegen ist lediglich der Wille des Schuldners thätig; dieser nimmt eine widerrechtliche Richtung, verletzt das Recht des Gläu-

bigers und contrahirt sich so eine bestimmte Verbindlichkeit. Damit aber diese inneren Willensmomente rechtliche Existenz und Wirksamkeit erhalten, muß nothwendig noch eine äußere Manifestation hinzutreten; sie müssen äußerlich erscheinen, erkennbar sein, mag dies bewirkt werden dort durch das Wort, die Schrift oder einen concludenten Umstand, hier durch eine That. So jedoch, daß diese äußeren Momente rechtlich wesenhaft und relevant nur dann sind, wenn sie den inneren Momenten auch wirklich entsprechen und sie richtig ausdrücken.

Handelt es sich nun um einen Anspruch aus einer solchen Obligation und wird diese Obligation selbst einfach verneint, wie soll sich das Beweisrecht gestalten? Es drängt uns hier die eigenste Natur des Rechtsverhältnisses zurückzugreifen auf jene Idee, die allen prozessualischen Instituten und insbesondere dem Beweisrechte zu Grunde lag: die Idee der höchsten Geltung der Persönlichkeit, der möglich größten Ungebundenheit des Individuum. Wenn durch die Partheien selbst ein Urtheil gefällt und bekräftigt werden soll, ob der Wille des Schuldners ein rechtlich gebundener oder ein freier, ob eine erweiterte Herrschaft des Gläubigers über den rechtlichen Willen jenes begründet sei oder nicht, so mußte jene Idee nothwendig dahin führen, das Urtheil desjenigen vorgehen, walten und garantiren zu lassen, der die ungeschmälerte Freiheit seines Willens für sich in Anspruch nahm. Und so geschah es: man sprach dem beklagten Schuldner das Beweisrecht zu.

Das verneinende Urtheil desselben konnte nun aber eine doppelte Richtung nehmen. Es konnte entweder jeden äußeren Akt, der als Willensausdruck ihn hätte möglicherweise obligiren können, leugnen, oder es konnte diesen äußeren Akt an und für sich zugeben, aber behaupten, daß eine entsprechende, zur Entstehung der Obligation nothwendige, innere Willensrichtung nicht vorhanden gewesen sei.

Man kann zwar davon ausgehen, daß nach allgemeiner ver-

nünftiger Anschauung eine gewisse äußere Handlung nicht anders vorgenommen werden könne, als wenn ihr eine gewisse Willensrichtung entspreche, und so einen nothwendigen Schluß von jener auf diese gestatten. Allein auch darin besteht eine Eigenthümlichkeit des Beweises in obligatorischen Verhältnissen, daß man die Nothwendigkeit eines solchen Schlusses nirgends anerkennt. Man vergegenwärtigt sich vielmehr von Anfang an und prinzipiell jene Faktoren des Irrthums, der Richternstlichkeit und welche sonst die adäquate Erscheinung des Willens trüben können. Aus diesem Gesichtspunkte nur lassen sich jene Worte: »swo wetenlik it si,« die die viel berührte Stelle des Sachsenspiegels hervorhebt, deuten. Denn die Befugniß, das Faktum einer offenkundigen Handlung abzuleugnen, kann damit nicht gemeint sein. Ein Recht zum Meineid ist kein Recht. Aber die innere Tragweite einer Handlung, ihre Schlüssigkeit für das innere Willensmoment und damit ihre rechtliche Bedeutung festzustellen — mag man wohl als ein höchstes Recht bezeichnen.

Ist es nun überall die innere Seite der Schuldverhältnisse, auf die das Hauptgewicht gelegt wird, so ist es natürlich, daß man als das Beweismittel des Beklagten den alleinigen Eid statuirte. Der Beklagte allein kann hier als wissender gelten. Wollte man diejenige Verstärkung des Partheieides fordern, die das Gezeugniß gewährt, so hätte sich das Urtheil der Gezeugen lediglich richten können auf die Glaubwürdigkeit des Eides und dieses Urtheil wiederum hätte sich lediglich stützen können auf die allgemeine Persönlichkeit des Beklagten. Denn die Möglichkeit der Ueberzeugung für den einzelnen Fall war ihnen benommen, eben darum, weil der Beweis hauptsächlich das innere Willensmoment berücksichtigt wissen wollte, aber auch darum, weil er eine Negative zum Objekte hatte. So blieb man bei dem alleinigen Eide des Beklagten stehen.

I. Wenden wir uns jetzt zunächst zu denjenigen obligatorischen

Verhältnissen, welche auf **Vertrag** beruhen, so findet dies aus allgemeineren Gesichtspunkten bestimmte Beweisrecht seine umfassendste Bestätigung, wenn es heißt:

Der scult, die de man selve scüldich is, der ne darf man em nicht innern, he sal ir bekennen oder versaken. — Sachsensp. I, 6 §. 5. — man sal ime gebieden von gerichtes halven, dat he die scult mit rechte untrede. Sachsensp. I, 70 §. 2. cf. Dist. III, c. 9 d. 1. c. 13 d. 1. Gslr. pg. 7 l. 18.

Etwas specieller lautet eine andere Stelle des Sachsenspiegels I, 7:

Sve icht borget oder lovet, die sal't gelden unde svat he dut, dat sal he stede halden. Wil he is aver versaken, he untvort it ime mit **sinem ede**.

Hier wird die Bürgschaft — borgen — besonders unterschieden und der allgemeinen Regel unterworfen — cf. Dist. III, c. 12 d. 6 — allein das »loven« und »dun« — wenn auch das letztere hier auf vertragsmäßige Obligationen beschränkt ist — umfaßt wieder eine ungemessene Reihe von Fällen. Als solche werden erwähnt: der **Nachlaßvertrag**:

Spricht er — der aus der Bürgschaft Verklagte — aber, jener hab es im ledig gelassen, das wirt jener (Replikant) lose mit **seinen rechten**. Richtsteig c. 8 (pg. 17 l. 9).

die **treue Hand**, d. i. der Inbegriff derjenigen obligatorischen Verhältnisse, in denen Jemandem die Sorge für fremde Vermögensangelegenheiten anvertraut wird:

Wel sich getruwe hand nicht uffthun noch uffenbaren, beschuldiget man eyn dorumbe, he mus dy getruwe hant vorsachen mit **syme eyde**. Dist. VII, d. 9 cf. d. 10 u. 11.

die **Vergabung in Leibeigenschaft**:

Sve sik vri seget unde en ander seget, dat he sin egen si, so dat he sik ime gegeven hebbe, des mut jene wol **unscüldich** werden. — Sachsensp. III, 32 §. 2.

der **Erbverzicht**:

Hadden aver se (die abgesonderten Kinder) ir ervedelunge dar an verloft, der solen se umberen, se ne untsegent uppen hilgen. Sachsensp. I, 11 §. 2. cf. Dist. I, c. 20. d. 11.
Es gehört aber hierher auch eine Art des adquisitiven Erbvertrages, den das Magdeburgische Recht enthält:

Nach dem mal das die fraw gerichtes beweisunge nicht hat auf ire morgengabe, so sind des mannes kinder mit irme eide da neher vor zu kommen, schwerende mit eines handt, das ir vater die frawen nicht bemorgengabet habe — Magdeb. Fragen I, c. 11 d. 1.
Denn diese gelobte Morgengabe — gänzlich verschieden von der am Hochzeitsmorgen gegebenen des Sachsenspiegels — ist nichts als das Versprechen einer Summe Geldes seiten des Mannes an die Frau, bedingt dadurch, daß sie ihn überlebe. — ibid. l. c. d. 2 u. 3. — Aber dies Versprechen, obwohl auch als außergerichtliches wirksam, kleidet sich in die Form eines Erbvertrages, so daß die Honorirte erst nach Abzug aller Schulden aus der Erbschaft befriedigt wird — Kulmisches Recht IV, 41 —, den natürlichen Erben aber vorgeht. — l. c. 40. — Es fallen ferner unter dasselbe Beweisrecht alle Verträge, die das rechtliche Schicksal von Grundstücken bestimmen sollen, so lange nicht die gerichtliche Auflassung hinzutrat und ein selbständiges, dingliches Recht erzeugte. So heißt es von Jemandem, der ein Gut ohne Auflassung verkaufte und den Kauf nicht halten will:

man klaget vor dinge auff sie, als auff andere schuld.
Magdeburger Fragen I, c. 6 d. 9.
Und die Glosse zu Sachsensp. I, 34 hebt es als eine Folge der Auflassung hervor: »das der verkeuffer seines verkauffens nicht leugnen mag.« Noch andere Belege hierfür bietet uns das Lehnrecht:

Wirt enen manne gut gelegen uppe sine trüwe, dat he't weder uplate svenne it sin herre lose to bescedener tiet —

wel he sine trüwe breken unde besaken, dar mut he wol sine unscult vore dun. Lehnr. 55 §. 1. cf. 7.
Denn dieses Versprechen des Mannes wirkt streng persönlich, obligatorisch unter den Contrahenten, es kann das Lehn selbst nicht zum bedingten machen, ja es bindet weder die Lehnserben, noch erstreckt es sich auf die Nachfolger des Herrn. Und von der Versetzung eines Gutes ohne Verleihungs- oder Auflassungsakt heißt es:

Gut mach die herre setten sunder manscap enen manne. Dat stat uppe des herrn trüwe, dat he't deme manne stete late; wel he't ime breken mit siner unscult, dat mut he wol dun — ibid. §. 6.[17]
Endlich finden wir den Eineid des Beklagten auch noch für den Beweis zweiseitiger Obligationen und zwar besonders des Kaufes. Ganz allgemein heißt es:

Bekennet eyn man des, das her seynen gotis phennigk gegebin habe uff eynen kowff, so sal her das haldin, vorsacht her abir das, das sal man en czu seyme rechte lassin komen. M. Schöffen-U. Böhme VI, pg. 140.
Insbesondere leugnet der beklagte Verkäufer den Kauf — das du es im nicht verkäufft habest — um der Verpflichtung zur Gewerschaft zu entgehen:

Mit tügen ne mach aver neman den anderen nicht to geweren gewinnen, of en ander man dat gut under ime anevanget, wende he untgat ime mit siner unscult. Sachsensp. III, 4 §. 1. Richtsteig c. 14 (pg. 27 l. 2) cf. Glosse zu Weichbild a. 97. (Gewähr von »falsch«, Mängeln).
Und umgekehrt verneint der beklagte Käufer den Kauf, um sich von der Verpflichtung der Preiszahlung zu befreien, mit seinem Eide:

Wat ene koft umme rede gelt — wel aver he sich des unt-

---

17. cf. Homeyer, System des Lehnr. pg. 343. 346.

sculdighen mit rechte, dat mach he don. Gslr. pg. 77 l. 9. pg. 78 l. 18. pg. 80 l. 5.

II. Gehen wir jetzt über zu denjenigen Obligationen, welche durch eine widerrechtliche Handlung des Schuldners begründet werden, so erfährt der Umkreis derselben gegenüber unserer heutigen Anschauung eine große Erweiterung. Nicht nur diejenigen Handlungen, welche zum Schadenersatz verpflichten, sondern auch alle diejenigen, die Buße und Gewedde oder blos Gewedde — wie bei allen Verkennungen der richterlichen Gewalt: Sachsensp. I, 53 §. 1. Weichbild a. 17 — oder auch eine die Größe des Schadens vervielfältigende Geldstrafe nach sich ziehen — wie Zolldefraudationen: Sachsensp. II, 27 §. 1. Gslr. pg. 40 l. 16 — fallen lediglich unter den privatrechtlichen Gesichtspunkt. Denn, sagt die Glosse zu Weichbild a. 17.

Peinliche klage — im Gegensatz zu »bürgerlicher« — ist anders nicht, denn da man fordert von dem bruchhafftigen sein verdiente pein und keinen abtrag noch busse. Zwar tritt dieser scheidende Gesichtspunkt, so viel das Beweisrecht betrifft, im Sachsenspiegel selbst nicht klar hervor, weil dieser ununterschieden jede widerrechtliche Handlung mit dem alleinigen Eide leugnen läßt — Sachsensp. I, 62 §. 4. II, 8. 72 §. 2. Richtsteig c. 34 (pg. 70 l. 21—26) —, wohl aber in den Goslarischen Statuten und Distinctionen. Denn diese fordern regelmäßig da, wo die verbrecherische Handlung an Hals und Hand geht — Dist. II, c. 3 d. 2. IV, c. 4 d. 6. c. 5 d. 15. c. 8 d. 2—4. c. 10 d. 3. c. 20 d. 5. Gslr. pg. 31 l. 15. pg. 32 l. 11. pg. 33 l. 35. pg. 42 l. 20. pg. 88 l. 40 — oder zur Zahlung des ganzen oder theilweisen Wehrgeldes verpflichtet — Dist. IV, c. 5 d. 3. c. 7 d. 3 u. 4. Gslr. pg. 41 l. 1 — kurz da, wo die Handlung dem Criminalrechte verfällt, den Eid des Beklagten selve sevede.

In diesem so erweiterten Kreise der Deliktsobligationen finden

wir nun ein Hervorheben und Scheiden jener zwei Momente, der äußerlich erscheinenden That und der inneren Willensrichtung des Beklagten, die jede Begründungsart der Obligation enthält. In vielen Fällen nämlich leugnet der Beklagte einfach jede äußere obligirende Handlung.

So leugnet der Angeschuldigte, daß er Raufhändel angefangen habe — Dist. IV, c. 2 d. 2 —, daß er Realinjurien, wie Ohrfeigen, Knüttel- oder Faustschläge — l. c. c. 3 d. 1 u. 3. c. 4 d. 3. c. 8 d. 1 — oder eine nicht kampfwürdige Verwundung zugefügt — Gslr. pg. 31 l. 18 —, daß er eine Zolldefraudation begangen habe — Gslr. pg. 40 l. 13. pg. 75 l. 29. — So leugnet der Vasall im Lehngericht Alles, was ein Gewedde gegen den Herrn verbrechen würde — Lehnr. 51. 68 §. 4 —, insbesondere daß er dem Herrn to lastere oder to scaden gesproken oder gedan hebbe — Lehnr. 68 §. 1 —, daß er Richtmannen des Herrn in das Gericht gebracht habe — Auct. vet. II, §. 36. — Und zwar kehrt in allen diesen Fällen in verschiedener Wendung die Phrase wieder: »sprech er (der Beklagte) aber nein, daz stunde zu sin eines hant.« Hierher gehört auch der Fall der Distinctionen I, c. 20 d. 9. Sitzen nämlich ein Erbe unter Vormundschaft und ein anderer in Gemeinschaft, so soll keiner von beiden das, was er an Gütern einbrachte, mehr „mit Arbeit und Mistfuhren" bessern, als das Gut des Andern, sonst muß er den Schaden ausgleichen; doch mag er sich dieser vorzugsweisen Melioration entschuldigin mit sime eyde. cf. Eisenachisches Rechtsbuch I, c. 39. Ferner Dist. III, c. 17 d. 10:

Spricht eyn jud einen cristen an, er hab im sin pfert verwechselt oder geergert, leukent dez der cristen, dez wirt he unschuldic mit sin eines hant czu den hilgen.

Es gehört endlich hierher, daß der Beklagte die Ladung, sei sie durch die Parthei oder durch eine Gerichtsperson geschehen, eidlich ableugnen darf;

Sprekt en, he si to unrechte vore boden, des scal he sich untscüldighen mit sineme rechte uppe den hilleghen. Gslr. pg. 64 l. 10.

Wert en man vor gheboden von mer lüden — bekant he des nicht, he det in allen umme dat vore beden en recht. ibid. l. 13. cf. Dist. III, c. 3 d. 2. c. 5 d. 1. c. 7 d. 1.[18] Denn mit der Ladung wird die behauptete Omissivhandlung der Contumaz geleugnet, die gewöhnlich Gewedde — Sachsensp. I, 53 §. 1. Dist. III, c. 3 d. 2. Gslr. pg. 64 l. 30 l. 33 —, manchmal auch Buße — Gslr. pg. 56 l. 20 —, ja sogar dann, wenn he to unrechte und mit vrevele unde mit vorsate gheweygheret hebbe vor gherichte to kommende uppe sinen scaden, die Verpflichtung zum Schadenersatze — Gslr. pg. 74 l. 16 — nach sich zieht.

In vielen anderen Fällen dagegen giebt der Beklagte den behaupteten äußeren Vorgang ohne Weiteres zu, allein er leugnet diejenige innere, widerrechtliche Willensrichtung, die den Vorgang erst zu einem verpflichtenden machen kann.

So beschwört der Beklagte, um vom Schadenersatze frei zu bleiben, daß die Veräußerung von Gerade oder Heergewette nicht mit unrechte, nicht frevelich in suchbette geschehen — Dist. I, c. 9 d. 1. c. 17 d. 5. Gslr. pg. 5 l. 22 —, daß von ihm aufbewahrtes und unter ihm besetztes, fremdes Gut gestohlen sei ane sinen dang und ane sinen rad — Dist. III, c. 4 d. 10 — daß er an schädlichen Handlungen seines Gesindes sy rat und tat und aller vollbort unschuldic — Dist. IV, c. 36 d. 3 — daß er zur Flucht eines Schuldgefangenen ny kein arg dorczu getan — Dist. III, c. 9 d. 3. — Hierher gehört auch folgender Fall:

---

18. Auch im Lehnrechte wird die Ladung eidlich abgeleugnet, wenn sie nicht — wie hier Regel ist — durch eine förmliche Gerichtsdeputation geschah. arg. Lehnr. 46 §. 1.

We ervedelinghe eschet van deme, de an sinem erve in vormunscap gheseten heft, de scal de scult ghelden de he van der vormunscap weghene ghemaket heft, de ene antrid. Düchte eme aver dat man eme unredeliken scult rekende, dar moste de vormunde sin recht to don, dat de scult so ghemaket were, dat he de to rechte scolde ghelden, sin del, de dat erve eschede. Gslr. pg. 19 l. 3 cf. Dist. I, c. 50 d. 9. Denn der Mündel klagt hier gegen den Vormund, mit dem er in Erbgemeinschaft saß, auf Schadenersatz wegen Minderung der Masse durch eine in widerrechtlicher Absicht contrahirte Schuld, so zwar, daß der Schadenersatz bewirkt werden solle, indem der Vormund die Schuld ganz auf seinem Erbtheil trage. Der Beklagte entgeht dem, indem er den widerrechtlichen Charakter der Schuld abschwört.

Andere Fälle, in denen der Beklagte diese widerrechtliche Willensrichtung leugnet und der Buße entgehen will, sind:

Sachsensp. II, 34 §. 1: Sve so enes mannes knecht sleit oder veit oder rovet nicht denne durch des herren scult, na rechte sol he en beiden bute geven; he ne dürne dat uppe'n hilgen geweren, dat he't deme herren to lastere noch to scaden ne hebbe gedan, so is he der enen bute ledich. cf. Dist. IV, c. 36 d. 1. Gslr. pg. 46 l. 36.

Sachsensp. II, 65 §. 2: Schilt aver en man en kint oder roft he't oder sleit he't mit besmen durch sine missedat, he blift is ane wandel, darn he't geweren uppen hilgen, dat he't durch anderes nicht geslagen ne hebbe, wan durch sine missedat. cf. Dist. IV, c. 15 d. 3. Gslr. pg. 42 l. 4. Görl. Landr. 47 §. 16.

Er beschwört ferner, daß er Jemand verletzt oder ein Thier gelähmt, getödtet habe ohne seinen Willen — Dist. IV, c. 1 d. 3. c. 4 d. 2. Sachsensp. III, 48 §. 3 —, daß er von dem Abackern fremden Rains durch seinen Knecht, von dem Sicherheits-

geleite (veleghen) dessen, den er aufhielt, nichts gewußt habe — Dist. II, c. 10 d. 6. III, c. 4 d. 1. Gslr. pg. 46 l. 29. pg. 54 l. 24. — S. noch Sachsensp. III, 23. Lehnr. 69 §. 4. Richtstg. Lehnrs. c. 12 §. 4. Dist. IV, c. 42 d. 24. Gslr. pg. 80 l. 34.

III. Alle diese einzelnen Fälle haben uns die Regel bestätigt, daß der beklagte Schuldner den Vertrag oder das Delikt, auf die der erhobene obligatorische Anspruch gegründet wird, mit seinem alleinigen Eide abzuleugnen berechtigt sei. Aber diese Regel erstreckt sich nicht nur auf diese beiden, sondern überhaupt auf jeden anderen rechtlichen Umstand, der eine obligatorische Verpflichtung begründen kann. Ein einzelnes Beispiel bieten uns die Distinctionen. Der Mann haftet in der Regel mit seinem Vermögen nicht für die Schulden, die seine Frau ohne sein Wissen contrahirte. Dies tritt nur in dem einen Falle ein, wenn das Rechtsgeschäft »an or beyder nucz komen« ist. Aber auch hier heißt es:

Spricht aber he, he wuste dovon nicht, daz musz he bewisen mit syme eyde, daz das gud in sine gewer noch nucz nicht komen sy, unde ist denne mit syme gute enprochen von der klage. Dist. III, c. 9 d. 10 u. 11.

§. 15.

Die motivirte Verneinung.

Wir haben bisher gesehen, wie der Beklagte das Beweisrecht erlangte, wenn er der Behauptung eines obligatorischen Verpflichtungsgrundes die einfache Verneinung entgegensetzte. Wir betrachteten es als den Grund dieses Beweisrechtes, daß dadurch der Beklagte seinen Willen von jeder rechtlichen Gebundenheit frei bewahren konnte. Dieser Grund reicht aber offenbar über den Wirkungskreis hinaus, den die einfache Verneinung umschreibt. Denn wenn der Beklagte diejenigen Umstände, die ihn an und für sich in der behaupteten Weise verpflichten mußten, zugiebt, dagegen aber solche positive Thatsachen behauptet, die nach anerkann-

tem Rechte entweder auf die Entstehung oder auf die Größe und überhaupt auf das rechtliche Schicksal seiner Verbindlichkeit von relevantem Einflusse sind, so ist auch hier seine Absicht, sich von der behaupteten obligatorischen Verbindlichkeit ganz oder theilweise zu befreien. Zwar enthält hier sein Urtheil nicht mehr die blanke Verneinung seines Verpflichtungsgrundes, sondern es richtet sich positiv auf die Existenz und rechtliche Wirkung der behaupteten Thatsachen. Aber eben weil man das Beweisrecht nicht nach formellen Gesichtspunkten bestimmte, so konnte dieser Umstand auf dasselbe keinen entscheidenden Einfluß üben. Vielmehr faßte man lediglich die Tendenz dieser positiven Behauptungen: die gänzliche oder theilweise Befreiung von der obligatorischen Verpflichtung, in das Auge. Ueber das sich auf Thatsachen richtende Beweisrecht entschied nicht die Natur dieser Thatsachen in ihrer Vereinzelung, sondern das Rechtsverhältniß selbst, in dem sie zur Wirksamkeit kommen sollten. Daher sprach man auch in diesem Falle das Beweisrecht dem Beklagten und zwar, obwohl sich der Beweis auf äußerlich erkennbare Umstände richtete, mittels seines alleinigen Eides zu. Natürlich verwandelte sich dieser Eid in formeller Beziehung aus einem Reinigungs- in einen Bestärkungseid.

Wir betrachten zunächst die Behauptung solcher Thatsachen, die, obwohl an und für sich verpflichtende Umstände zugegebenermaßen vorliegen, doch die Entstehung der entsprechenden Verpflichtung verhinderten. Dahin gehören folgende Beispiele: Wenn Jemand fremdes Vieh erschlägt oder lähmt, so ist er nicht verpflichtet, den Schaden zu gelten:

of he dat geweren darn uppen hilgen, dat he't notweringe dede. Sachsensp. II, 62 §. 2. cf. Dist. II, c. 9 d. 3. Gslr. pg. 43 l. 31 oder

geweret he't uppen hilgen, dat he ime anderes nicht gesturen ne kunde. Sachsensp. III, 48 §. 4. Dist. IV, c. 33[b] d. 1.

Wer Gegenstände des Heergewettes oder der Gerade veräußerte, braucht diese den Interessenten nicht zu ersetzen, wenn man beweist

zcu den heiligen —, daz man is vor libes nod nicht behalden en mochte. Dist. I, c. 9 d. 4. Gslr. pg. 5 l. 17. S. auch Dist. I, c. 19 d. 5.

Wer auf erfolgte Ladung nicht vor Gericht erscheint, entgeht den Folgen der Contumaz, insbesondere der Bezahlung des Gewed-des, wenn er einen Fall der echten Noth beschwört:

— it ne beneme eme echte not, de he mit sinen boten, to der tid alse he vore wesen schulde kündighe unde he de na irwere up den hilleghen. Gslr. pg. 48 l. 10. pg. 73 l. 18.

Hierher gehört auch der Inhalt folgenden Schöffenurtheiles — Böhme d. B. VI, pg. 157 —: Es ist an Jemanden von einem jetzt Verstorbenen gut und farende habe vergabt worden; diesen nimmt eine Frau wegen einer Schuld des Gebers in Anspruch, die er vor der Vergabung contrahirt habe. Hier kommt es darauf an, ob der Beklagte schon bei Lebzeiten des Gebers in den Besitz gelangte — dann braucht er die Schuld nicht zu bezahlen, oder ob dies erst nach dem Tode jenes geschah, dann hat er nach den Regeln des Erbvertrages nur ein Recht am Vermögen nach Zahlung der Schuld. Die Schöffen erkennen nun über das Beweisrecht:

wenn petrus d. der frawen schuldig was und glowbit hotte (ist nicht bestritten), so mus der man, der sich seinis gutis undirwundin hot, beweysin u. d. h., das im petrus d. das gut »dyweile her lebethe« yn seyne gewere gab ane allen undirscheyd —

Denn durch die Beschwörung dieses Umstandes macht der Beklagte gewiß, daß die fragliche Verpflichtung für ihn niemals entstanden sei.

In anderen Fällen soll die Behauptung einer Thatsache nicht sowohl darthun, daß der obligatorische Nexus überhaupt nicht entstanden sei, als vielmehr, daß die entsprechende Leistung von dem

beklagten Schuldner nicht mehr gefordert werden könne. Auch diese Thatsache beschwört der Schuldner allein. Das vornehmste Beispiel bildet hier die Behauptung, daß das zu leistende Objekt durch Zufall zu Grunde gegangen sei — in solchen Verhältnissen, in denen der Gläubiger denselben trägt:

Svelk man dem anderen sin gut dut to behaldene, wirt it ime verstolen oder afgerovet oder verbrant, oder stirft it of it ve is, he ne darf dar nene not umme liden, darn he dar sin recht to dun, dat it ane sine scult geschin si. Sachsensp. III, 5 §. 3. Dist. IV, c. 42 d. 17. Gslr. pg. 82 l. 26. Magdeb. Fragen II, c. 7 d. 1.

Stirft aver en perd oder ve binnen sattunge ane jenes scult, de it under ime hevet, bewiset he dat unde darn he dar sin recht to dun, he ne gilt is nicht pp. Sachsensp. III, 5 §. 5. Dist. IV, c. 42 d. 20. Gslr. pg. 68 l. 22. S. noch Dist. III, c. 11 d. 4.

Ein anderes Beispiel ist, daß Derjenige, der die fahrende Habe eines in das Kloster gegangenen und jetzt verstorbenen Kindes (unter seinen Jahren) verwahrte, diese den nächsten Erben herauszugeben hat:

es sy denne, daz sy mit des kindes willen vertan si, daz man wissenlich mache — mit dem eyde. Dist. I, c. 19 d. 5.

Wie nun hier überall der Beklagte zum Eide gelangt, wenn er der Leistungspflicht gänzlich überhoben sein will, so steht ihm der Natur der Sache nach dieses Recht auch dann zu, wenn er die Leistungspflicht nur theilweise leugnet, indem er gewisse Modifikationen der angesprochenen Verbindlichkeit behauptet. Daher:

Beschuldiget man eynen umbe schult unde he spricht, he habe or lenger tag, an der schult mag he eyn jar tag behalden unde nicht lenger gewinnen — Dist. III, c. 10 d. 5 — und zwar uppen hilleghen. Gslr. pg. 70 l. 14.

Und noch ausführlicher und allgemeiner sprechen die Goslarischen Statuten pg. 72 l. 19:

Wert en ghesculdighet vor gherichte unde sprikt de beklaghedeman: ich bekenne des mit dissem underschede und benömt wudanwis dat underschet si unde sinen ed dar to do, dat it also si, des scal men eme ghelöven, me ne moghes ene overtüghen alse recht is (Gerichtszeugniß). — — Also scal sich ok en untsculdighen, dat he den kop anderes nicht ghekoft ne hebbe, of men ene dar umme to unrechte sculdighet. cf. Dist. III, c. 13 d. 2.

An diese der Zeit oder sonstigen Modifikationen nach theilweise Verneinung der Verpflichtung schließt sich endlich noch der Würderungseid an. Er tritt immer nur in solchen Fällen ein, in denen Jemandem auf Grund einer deliktsmäßigen Handlung ein Anspruch auf Schadenersatz erwächst. Diese Verpflichtung ist ihrer Existenz nach auch gar nicht Gegenstand des Streites, sondern es handelt sich lediglich um deren Größe, so daß der Beklagte der Schätzung des Klägers die Behauptung gegenüberstellt, der Schade sei weniger werth. Die Frage nun, wer das Recht habe, seine Schätzung zu beweisen, entscheidet der Sachsenspiegel in Folgendem:

III, 47 §. 1: Svie deme anderen des sinen icht nimt mit gewalt, oder ane sine witscap, is si lüttel oder vele, dat sal he weder geven mit bute, oder sveren dat he's nicht weder geven ne moge; so sal he't gelden na der werdunge, dat it jene werderet, die it verloren hevet; jene die ne minnere die werderunge mit sinem eide, die it dar gelden sal. Genau übereinstimmend: III, 51 §. 2. Dist. IV, c. 33 A. d. 1. c. 34 d. 1. Gslr. pg. 37 l. 3. pg. 42 l. 16. pg. 70 l. 3.

ibid. §. 2: Singende vogele pp. mach man wol gelden mit eneme ireme geliken, die also gut si, of man't geweret uppen hilgen. cf. Dist. III, c. 10 d. 2.

Es wird also auch hier dem Beklagten das Recht eingeräumt, seine auf der Thatsache der Schätzung beruhende Behauptung, daß er dem Kläger zu Wenigerem verpflichtet sei, als dieser anspreche, mit seinem alleinigen Eide zu beweisen. Und daher, wenn es heißt:

Sve besaiet land enes andern mannes ander werve eret, he sal ime den scaden gelden »uppe recht« unde sine bute geven. Sachsensp. II, 46 §. 4 und ibid. 47 §. 1. cf. Dist. II, c. 10 d. 2.

so kann dieses uppe recht nicht von dem Eide des Klägers, sondern nur von dem des Beklagten (»he«) verstanden werden. cf. Görlitz. Landr. 38 §. 2a:

— so gelde in der man uf sinen geswornin eit.

§. 16.

Ausnahmen.

Das regelmäßige Beweisrecht in obligatorischen Rechtsverhältnissen, wie wir es bisher gefunden haben, unterliegt einer Reihe von Ausnahmen. Und zwar haben diese Ausnahmen eine zweifache Tendenz und Kraft. Die einen beziehen sich auf das Recht zum Beweise, so daß sie das des Beklagten brechen und auf den Kläger übertragen. Die anderen betreffen nur die Art des Beweises, sie belassen das Recht dem Beklagten und fordern von ihm nur erhöhte Garantien.

I. Wenden wir uns zunächst zu den Fällen, in denen das Beweisrecht auf den Kläger übertragen wird, so lassen sich dieselben je nach den verschiedenen Gründen, auf denen die Ausnahmebestimmung beruht, in mehrere Klassen vertheilen.

1) Die erste Ausnahme entspringt aus der Natur des nothwendigen Beweismittels. Der Eid der Parthei mußte unter allen Umständen ein strenger Wisseneid sein. Dieser sollte in allen

obligatorischen Verhältnissen nicht blos die äußerlich erscheinende Handlung, sondern auch unmittelbar das innere Willensmoment und die Frage, inwieweit dieses jener entspreche, umfassen. Es ist natürlich, daß jeder Dritte, aber auch schon der Erbe desjenigen, der einen obligatorischen Vertrag abschloß, in jener ersten Beziehung nicht nothwendig, in der anderen Beziehung aber regelmäßig als nicht wissend betrachtet wurde. So lange daher der Gläubiger den Erben des Schuldners nicht ausdrücklich der Wissenschaft zieh und von dem Geständniß oder der Verneinung dieser Behauptung seinen ganzen Anspruch abhängig machte — Sachsenspiegel I, 6 §. 3 —, so lange man ferner an jenen strengen Erfordernissen des Eides rigoristisch festhielt, so lange mußte man in einem solchen Falle dem Beklagten das Beweisrecht entziehen und es auf den Kläger übertragen. Daher bestimmt der Sachsensp. l. c. §. 2:

de scult sal de ervegelden, of he is geinnert wirt als recht is mit tven unde seventich mannen, de alle vrie scepenbare sin oder echt borene late. cf. Rchtstg. c. 10 (pg. 19 l. 9—16). Görlitz. Landr. 46 §. 9 d. (mit zwein unde sibinzig ziugen).

Gerade diese exceptionelle Beweisart aber, welche von dem berechtigten Kläger eine so wunderbar verstärkte Garantie verlangt, wirft ein helles Licht auf die Grundanschauung des Beweises. Denn selbst wenn man annehmen muß, daß der Eid jener 71 Gezeugen sich nicht auf das Beweisthema selbst, sondern nur auf die Reinheit des Partheieides bezog, daß man also nur ein Wissen um die Persönlichkeit des Schwörenden forderte, so liegt doch auf der Hand, daß der Beweisführer nur in seltenen Fällen die erforderlichen Garantien erbringen konnte. Es ist daher diese Bestimmung nur unter dem Gesichtspunkte erklärlich, daß man das Beweisrecht gleichsam als ein wohlerworbenes Recht der Parthei, welches unmittelbar aus dem Vertrage selbst entsteht, und als ein unwandelbares Attribut des Rechtsverhältnisses selbst betrachtet.

Muß man sich aber doch entschließen, gezwungen durch die Collision mit anderen Grundsätzen, das Beweisrecht zu verändern und damit dem Rechtsverhältnisse selbst einen anderen Charakter aufzudrücken, so geschieht dies in Wahrheit nur um den Preis der Unmöglichkeit jedes Beweises. Jedoch — wie sich die starren Grundsätze des Sachsenspiegels im Obligationrechte in anderen Beziehungen nach und nach zu Gunsten des freien und sicheren Verkehres abschliffen, so geschah dies auch im Beweisrecht. Die Glosse sagt uns von den 72 Gezeugen, sie seien „heute auf sieben unbesprochene Männer gekommen", und damit stimmt auch das Magdeburger Weichbild überein, welches nur 6 helfende Gezeugen verlangt. — Magdeb. Fragen II, c. 2 d. 11. c. 3 d. 3. — Ja ein neuerer Zusatz zu den Goslarischen Statuten bestimmt:

de schult möchte de klegere behalden sülf dridde unbesprokener lüde to den hilghen. pg. 71. 13.

2) Eine zweite Ausnahme, welche mehrere Fälle umfaßt, stützt sich darauf, daß in diesen Fällen dem Kläger eine Art von Präsumtion zur Seite steht. Wir hatten oben das »svo wetenlik it si« der berühmten Stelle des Sachsenspiegels dahin gedeutet, daß der Beklagte seine Verpflichtung, obwohl eine entsprechende äußere Erscheinung vorlag, doch darum eidlich ableugnen konnte, weil man von dieser äußerlichen Erscheinung keinen Schluß auf das innere Willensmoment gestattete, sondern das Urtheil, ob dieselbe einem bestimmten rechtlichen Willen entspräche und somit überhäupt von rechtlicher Relevanz sei, ob gleichsam Form und Inhalt sich deckten, dem Gewissen des Beklagten anheimstellte. Dies mochte überall da unbedenklich sein, wo die Manifestation des Willens nur in einem flüchtigen Wort oder einer schnellen, vieldeutigen Handlung bestand. Anders mußte es sich gestalten, wo das Bestehen der Obligation verknüpft war mit einem dauernden Zustande, einer Reihe Handlungen von gleicher Tendenz, die sich nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nicht wohl anders denken

ließen, als verknüpft mit einem bestimmten Rechtsverhältnisse. Hier konnte der rechtliche Wille der Contrahenten nicht wohl eine verschiedene Richtung haben; hier mußte um der Offenkundigkeit des Verhältnisses willen dem Kläger, welcher die Existenz des Rechtsverhältnisses und damit eine Forderung behauptete, eine Präsumtion für die Wahrheit seiner Behauptung erwachsen. Aber diese Präsumtion hatte nicht sowohl die Kraft, das dem faktischen Verhältnisse zu Grunde liegende Rechtsverhältniß außer Zweifel zu setzen, als vielmehr die andere Wirkung, die jener an Wichtigkeit gleich kam, daß dadurch das Beweisrecht des verneinenden Beklagten gebrochen und auf den bejahenden Kläger und seinen alleinigen Eid übertragen wurde.

Zu derartigen Rechtsverhältnissen gehört zunächst der Gesindevertrag[19]. — Hier bestimmt der Sachsensp. I, 22 §. 2:

Besact man in ok irs lones von eme jare oder von eme halven, dat muten se wol uppen hilgen behalden.

Allein er spricht in dieser Stelle von dem Gesinde eines Verstorbenen, das seine Anforderung an den Erben stellt, so daß man wohl hier nur eine Modifikation der Beweisart des »innerns« finden möchte. Und es ist hierbei nicht ohne Bedeutung, daß die Goslarischen Statuten, welche das Beweisrecht des Sachsenspiegels verhältnißmäßig sehr rein erhalten haben, von dem Gesindevertrage unter Lebenden bestimmen:

En mach sineme knechte oder siner maghet ire lon bat untseghen uppen hilleghen, denne se it behalden mögen. pg. 79 l. 19.

Dagegen sprechen aber die anderen Rechtsquellen die Ausnahme ganz allgemein aus:

Auch beschuldiget ein knecht oder ein mait sinen herrn, des her »tegelich« gesinde ist, umb sin vordint lon und

19. cf. Albrecht diss. §. 4. Stobbe, Vertragsrecht pg. 96—98.

her in des lewkent, so mag der knecht und die mait ires vordienten lones behalden funf schillinge kegin den herrn uff den heiligin. Schöffen-U. Böhme d. B. VI, pg. 97. Weichbild a. 78. Kulm. R. III, a. 84.

Die Erfordernisse dieses Beweisrechtes bestimmt die Glosse ad Sachsensp. I, 22 näher dahin:

Hier gehören zweierlei zu: zum ersten, das in lon gelobt sei. zum andern, das sie gesinde sein.

Danach darf also nicht blos eine vorübergehende Dienstmiethe stattfinden, sondern es muß jenes Verhältniß vorhanden sein, welches sich auch nach außen bestimmt und deutlich darlegt, indem der Kläger im Hause des Dienstherrn lebte und wie ein Glied der Familie besonderen hausherrlichen Rechten desselben unterworfen war. Nur wenn der Kläger sich auf ein solches notorisches Verhältniß stützte, gewann seine Behauptung, daß ein Gesindevertrag vorliege und er in Folge dessen Anspruch auf Lohn habe, eine solche Wahrscheinlichkeit, die ihm das Beweisrecht verschaffte.[20]

Derselbe Gesichtspunkt läßt sich auch mit Leichtigkeit erkennen, wenn dem Zins- und Zehntherrn das Recht zugesprochen wird, seine Forderung auf den Zins und Zehnten gegen den Hintersassen oder Pachter mit dem alleinigen Eide zu beschwören[21]:

Sachsensp. I, 54 §. 3: Tins mut de herre oder sin bode, de dat lant bestadet, bat behalden, den is de man besaken moge unde tegeden dat selve an deme gude, dar de man uppe sit . . cf. Dist. II, c. 4 d. 3. Leobschützer Stat. Böhme II, pg. 21.

Endlich findet noch das Beweisrecht des Klägers bei dem

---

20. Der Richtsteig c. 45 (pg. 94 l. 6. 7) ganz allein verlangt bei verdientem Lohne Gezeugen.

21. cf. Albrecht §. 7. Stobbe pg. 99—102.

Miethvertrage statt und zwar hier auf beiden Seiten. Der Miether beschwört sein Recht, in dem Hause wohnen zu bleiben, gegenüber dem Vermiether sowohl:

En mag sine medinghe to enem jare wol beholden uppe den billeghen. Gslr. pg. 20 l. 19. Dist. II, c. 4 d. 2.

als auch gegenüber dem Käufer des Hauses:

Hevet en man en eghen unde vormedet he dat eneme manne, vorkoft he dat eghen, de man behalt sine medhinge dar an en jar uppen hilghen of he wil. Gslr. pg. 21 l. 39. Dist. II, c. 4 d. 5.

Und auf der anderen Seite beschwört der Vermiether den Miethzins gegenüber dem Miethsmann:

En man behalt sinen tins bat uppen hilghen, denne men eme untsegghen möghe, to eneme jare. Gslr. pg. 20 l. 27.

Und gerade bei diesem Rechtsverhältnisse wird es in sehr prägnanter Weise ausgesprochen, daß es das äußerliche, bleibende und notorische faktische Verhältniß ist, welches das Beweisrecht regelt. Die Goslarischen Statuten bestimmen nämlich:

Varet en man van der were de sinen hustins nicht beret ne hevet, binnen deme ersten jare dar na mach men enne jartins up in behalden, na deme jare mach he sik des untsculdighen. Welde he sik aver untschuldighen, dat he up der were nicht ghewonet ne hedde, dat mach he don, so ne mach man nenne tins up ene behalden, men ne möghes ine overwinnen alse recht is (Gerichtszeugniß). Gslr. pg. 20 l. 21.

Hiernach muß man es als regelmäßige Grundlage dieses Beweisrechtes betrachten, daß der Miether noch auf dem Hause sitze. Ist er bereits aus seiner Wohnung abgezogen, so muß dieses äußere Verhältniß des Wohnens zur Präjudicialfrage gemacht werden, die dem Eide des Beklagten anheimfällt. Aber selbst diese Frage kann nur so lange als präjudicielle erhoben werden, als

man annehmen kann, daß das Wohnen noch aller Welt erinnerlich und kundlich ist. Fällt nach einem Jahre diese Notorietät weg, so fällt auch das Beweisrecht des Klägers zusammen.

Für alle diese Fälle ist es nun aber klar, daß die Notorietät der jetzt vorhandenen, äußeren Lage der Partheien nicht eine unbeschränkte, rückwärts liegende Dauer des Rechtsverhältnisses wahrscheinlich macht. Vielmehr liegt es in der natürlichen Anschauung, diese Präsumtion nur für einen kürzeren Zeitraum der Vergangenheit wirken zu lassen. In diesem Sinne treffen denn auch die Quellen in allen Fällen einschränkende Bestimmungen. Der Gesindevertrag kann nur auf ein halbes oder höchstens ein Jahr, offenbar die regelmäßige Verdingungszeit — s. die obigen Stellen — oder es darf der Lohn nur bis zu einer gewissen Summe, die wiederum die landesübliche Durchschnittssumme eines Termines ist, beschworen werden. — Kulm. R. III. a. 82. Leobschützer Stat. Böhme II, pg. 15. — Der Eid über Zins und Zehnt beschränkt sich auf die Forderung für das »keginwortge jar«. — l. c. und Böhme Schöffen-U. VI, pg. 97. Kulm. R. III, 85. — Miether und Vermiether endlich können den Miethvertrag auf nicht längere Zeit als auf ein Jahr, die gewöhnliche Miethzeit, mit ihrem Eide beweisen, so daß der Miether nur auf ein Jahr das Wohnungsrecht, der Vermiether nur den letzten Jahreszins — und auch diesen nur bis zu der Höhe, wie sie nach dem Wissen der Kundschaft üblich ist: Gslr. pg. 20 l. 31 — sich gewinnt. l. c. Ueberall da nun, wo der Kläger ein Mehres fordert, welches die dergestalt beschränkte Präsumtion nicht erreicht, fällt jeder Grund eines exceptionellen Beweisrechtes hinweg und es tritt auch in diesen Rechtsverhältnissen das regelmäßige Beweisrecht des Beklagten und seines alleinigen Eides ein:

Spricht der knecht daz im der hirre me lones schuldig si, das mag der hirre unschuldig werdin u. d. h. Schöffen-Urthl. Böhme VI, pg. 97. Kulm. R. III, 82.

He en mag ouch uf on (den Hintersassen) nicht mer behalden, wen eynen jarczins unde was des czinses obir eyn jar had gestanden, do mus her ome schuld umbe geben also umb eyne andere schult. Dist. II, c. 4 d. 3.

Scüldighet men enne (den Miether) umme mer tinses denne van emme jare, des mag he sich untscüldighen, it ne si dat men ene des overtüghen möghe also recht is (Gerichtszeugniß). Gslr. pg. 20 l. 27.

Anmerkung. 1) Verwischter sind die Grundlagen des veränderten Beweisrechtes, wenn in späteren Rechtsquellen der Wirth berechtigt ist: Weingeld, Biergeld oder die Forderung wegen Garkost bis zu einer gewissen Summe zu beschwören. — Leobsch. Stat. und Schöffen-U. Böhme II, pg. 15, VI, pg. 97. Kulm. R. III, 86. — Doch scheint man auch hier ein äußeres Zeichen und eine gewisse Publicität gefordert zu haben: wein- oder biergeld mit bechern vorgetragen; garkust, die her gessen habe in »sime huse« (Wirthshause). Das Sächs. Weichbild a. 77 verwirft diese Ausnahmen ausdrücklich. — cf. Albrecht §§. 5. 6. Stobbe pg. 98. 99. — 2) Stobbe sucht die angeführten Ausnahmen unter ein dem Beweisrechte des Beklagten ebenbürtiges Prinzip zu bringen, indem er davon ausgeht, daß Derjenige, welcher seinerseits geleistet hat und nun eine aus dem Vertrag entspringende Forderung geltend macht, das Beweisrecht habe. Allein dieses Prinzip ist nach allen Seiten hin nicht haltbar. Es ist zunächst von Ausnahmen durchlöchert: beim Darlehn findet es entschieden nicht statt; beim Kaufe ist immer der Eineid dem Beklagten zuertheilt, ohne jede Rücksicht, ob erfüllt sei oder nicht; der Gesindevertrag folgt nach den Goslar. Statuten und wahrscheinlich unter Lebenden auch nach dem Sachsenspiegel der gewöhnlichen Regel; der Miether beschwört sein Wohnungsrecht ohne Bezugnahme auf den geleisteten Miethzins. Daß auch da, wo auf Rückgabe einer bestimmten beweglichen Sache geklagt wird, das Beweisrecht des Klägers auf einer anderen Basis beruht, wird sich weiter unten zeigen. Man kann ferner die Bestimmung des Sachsenspiegels, daß der Erbe nur Schulden gelten müsse, »der he wederstadinge untving«, durchaus nicht hierher ziehen; durch sie wird die Möglichkeit einer Verbindlichkeit des Erben und damit der Frage nach einem Beweise überhaupt entschieden, aber für die Modalität des Beweisrechtes in diesem Falle soll

dadurch gar nichts festgestellt werden. Dies geht auch entschieden aus der Darstellung des Sachsenspiegels I, 6 §. 2 und noch mehr des Richtsteiges c. 10 (pg. 19 l. 9 ff.) hervor. Endlich bleibt nach diesem Prinzipe die geschilderte Beschränkung ganz unbegreiflich. Denn anzunehmen, gegen eine der Zeit nach früher begründete oder der Summe nach höhere Forderung spreche die Präsumtion, daß sie bereits bezahlt sei, eine Präsumtion, die trotz ihrer selbst den regelmäßigen Beweis (den Eid des Beklagten) noch nothwendig macht — dies ist an und für sich unwahrscheinlich, gewaltsam und findet auch in den Quellen nicht den geringsten Anhalt. — cf. Stobbe, Vertragsrecht pg. 61. 63. 97. 99. 105. — Derselbe Verfasser nimmt auch an — pg. 105 — daß zur Statthaftigkeit des fraglichen Beweisrechtes die Existenz der Forderung ganz zweifellos sein müsse und daß es sich in allen diesen Fällen nur um die Höhe derselben handele. Allein dem widerspricht, daß die meisten Rechtsquellen die Höhe der etwaigen Forderung schon a priori feststellen oder, was noch weniger einer anderen Auslegung fähig ist, durch die Kundschaft, d. h. durch die neybere boven unde beneden unde ok andere gude lüde — Gslr. pg. 20 l. 31. pg. 30 l. 33 — feststellen lassen. Damit bliebe nach jener Ansicht für irgend welchen Eid gar kein Raum mehr übrig. Daher denn auch das Görlitzer Landrecht in einer Stelle, wo es den Gesindevertrag als unbestritten hinstellt, bestimmt:

> Ein knecht der sime herrin lange gedient hat adir ein jar, ob der sin lon in me gerichte mit clage vordirt, deme sol man eines halbin jaris lon irteilen unde sol sin lon pruvin bi sinen gelichin. 40 §. 2.

und also jeden Eid wegfallen läßt. Wir müssen darum dabei stehen bleiben, daß in allen diesen Fällen nur das äußere, faktische Verhältniß notorisch sein muß und daß durch diese Notorietät nur eine solche Präsumtion begründet werde, die das Beweisrecht der Negative bricht und es auf die Positive überträgt, die aber das der äußeren Erscheinung zu Grunde liegende Rechtsverhältniß und damit die Existenz der Forderung des Beweises nicht überhebt.

3) Eine dritte Ausnahme, welche das Beweisrecht des Beklagten bricht, beruht auf den Intentionen der Partheien, welche einem gewissen Geschäfte zu Grunde liegen.

Hierher gehört vorzüglich das Beweisrecht, welches zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner obwaltet.[22]

Das ganze Obligationenrecht, besonders das auf Vertrag gegründete, erhält durch das Beweisrecht des Beklagten eine besonders eigenthümliche Färbung. Denn es ist klar, daß dadurch der streng rechtliche Charakter desselben in ausgedehnter Weise abgeschwächt wurde und mehr, als nothwendig in seiner Natur liegt, den Charakter eines blosen Vertrauensverhältnisses, eines moralischen Bandes erhielt. Darum mußte es auch die erste Frage Desjenigen, der einen Vertrag abschloß, sein, ob er auf die Gewissenhaftigkeit und Redlichkeit des anderen Contrahenten bauen dürfe und nicht etwa zu befürchten habe, daß dieser durch perfide Reserven einen leugnenden Eid sich ermögliche oder gar einen Meineid nicht scheue. Die Frage der einstigen Zahlungsfähigkeit trat gegen diese erste an Wichtigkeit weit zurück. Deshalb mußte aber auch ein Geschäft, welches, zu dem obligatorischen Vertrage hinzutretend, diesem eine vorzügliche Sicherstellung verschaffen sollte, vor allen Dingen auch auf das Beweisrecht von Einfluß sein, falls es irgend den Intentionen der Partheien entsprechen wollte. Ein solches Geschäft ist nun die Verpfändung einer beweglichen Sache und wir finden denn auch als anerkannte Regel, daß durch dieselbe das Beweisrecht des Beklagten gebrochen werde in der Weise, daß der Pfandgläubiger auf seinem Faust-Pfande die Schuld mit seinem alleinigen Eide beweisen dürfe.

Schon der Sachsensp. III, 7 §. 4 — cf. Dist. III, c. 17 d. 11 u. 25 — anerkennt das Privileg der Juden, wonach diese in gutem Glauben gekaufte oder ihnen versetzte Sachen erst nach Erlegung des Kaufpreises oder der Pfandschuld dem dritten Vindikanten herauszugeben brauchen, und bestimmt:

---

22. cf. Albrecht §§. 7 a — 9 und besonders die vorzügliche Darstellung Stobbe's pg. 88—96.

he behalt sine penninge dar an, die he dar umme gaf oder dar up dede, mit sinem eide of it wol verstolen is —

Es kann uns nicht verwundern, dies Privileg der Juden in materieller Beziehung verknüpft zu sehen mit einem besondern, formellen Rechte im Beweise, da ja überhaupt beide Seiten eines Rechtsverhältnisses immer in engster Beziehung stehen. Ja, daß der Jude hier zum Beweise kommt, folgt fast mit Nothwendigkeit aus der Natur des Eides als eines Wissenseides, da der Vindikant weder um die Höhe des Kaufpreises noch um die Existenz der Schuld wissen konnte. Ob sich nun aus dieser Bestimmung des Sachsenspiegels derjenige Eid entwickelte, der auf dem Pfande auch unter Christen und zwar unter den ursprünglichen Contrahenten geleistet wird, läßt sich nicht entscheiden. Entschieden kennt ihn selbst der Sachsenspiegel noch nicht, sondern erst die späteren Rechtsquellen. Es ist aber bei diesem Eid doppelt zu unterscheiden, je nachdem der Schuldner auf Herausgabe des Pfandobjektes klagt und der Pfandgläubiger das Schuldverhältniß excipirt oder aber der Pfandgläubiger auf Bezahlung der Pfandschuld Anspruch erhebt.

Betrachten wir zunächst den ersten Fall. Erkennt hierbei der klagende Schuldner die abgeforderte Sache als eine verpfändete an, so giebt er damit auch die Existenz der Schuld zu und der Pfandgläubiger hat hier das Recht, mit seinem alleinigen Eide zu beweisen sowohl die Höhe der Schuld:

Spricht eyner, he wulde sin phant losen und gebe sin gelt, spricht denne der, der daz phant inne had, is stunde me, daz wer he neher zcu bewisen z. d. h. uf daz phant, den is disser entgen magk. Dist. III, c. 14 d. 8. c. 17 d. 9. d. 23.

als auch alle bestrittenen Nebenforderungen, insbesondere den Wucherschaden:

Es en mag nymant phant in dy jodden seczen uf wucherschaden, is en sy denne gewillekort. Spricht abir der, des

das phant is, he habe sin nicht gewillekort, daz is jener, der das phant inne had, ner czu bewisen zcu den heyligen, daz her is gewillekort habe, wen is disser entgen magk. Dist. III, c. 14 d. 4.

und ganz im Allgemeinen:

— so sal her (der Jude) sich entschuldigen uf moyses buche mit sime eyde in welcher achtunge der cristen sine sache keyn om gesaczt habe. Dist. III, c. 17 d. 8.

Wenn dagegen der vindicirende Schuldner den beweglichen Gegenstand nicht als Pfand anerkennt und damit die Existenz der Schuld leugnet, so hat der Inhaber der Sache das Recht, die Pfandqualität derselben und also auch die Existenz der Schuld zu beschwören:

En pant dat en in sinen weren heft, dar mach he sine scult up beholden, of he dat mit sineme ede behalde, dat it ime dar vore si to pande ghesat. Gslr. pg. 68 l. 11.

Von den zwei Eiden, die hier erfordert werden, ist offenbar der erste nur der Quantitätseid, der die Höhe der Schuld beweist, so daß im ersten Theile der Stelle die Pfandqualität der Sache außer Frage ist. Nur der zweite Theil der Stelle, der Pfandqualität und Existenz der Schuld beschwören läßt, gehört zunächst hierher. Natürlich ist es, daß diese beiden Eide über Existenz und Höhe, falls die Pfandqualität der Sache bestritten war, zusammengezogen wurden:

Scal en up en pant scult beholden, der men eme vorsaket, de scult scal he vore beholden. Gslr.[23] pg. 68 l. 14.

---

23. Damit stimmt auch folgende Stelle überein:
Lost man van emme en pand unde ne wel he des nicht wederghevên, dar ne mach he nicht vore inne sitten: wel he aver des sich untscüldighen, dat it nicht ghelost ne si, dar scal ine de voghet to velighen, dat he sich des untscüldighe. Gslr. pg. 68 l. 4. Denn nach Goslarischem Rechte konnte die Behauptung der Zahlung nur in Form der einfachen Bewei-

Gehen wir jetzt zu dem zweiten Falle über, in dem der Pfandgläubiger auf Bezahlung der Pfandschuld klagt, so fragt es sich, ob dieser gegenüber dem leugnenden Pfandschuldner die Existenz der Schuld auf seinem Pfande mit dem alleinigen Eide beweisen durfte? Aus allgemeinen Gesichtspunkten betrachtet wäre ein solches Recht des Pfandgläubigers ein höchst exorbitantes, denn damit würde der Kläger dem Beklagten die angeblich verpfändete Sache als die seinige gleichsam oktroiren. Es ist aber auch in diesem Falle das Interesse des Gläubigers, eine leicht beweisbare Klage zu haben, ein geringeres. Denn falls die Sache den Werth der Schuld erreichte — darauf mochte er sehen —, so bot er sie im Falle der Nichtzahlung dem angeblichen Schuldner an und provocirte ihn damit, falls er leugnete, zur Vindikation seiner Sache. Vindicirte der Schuldner seine Sache wirklich, so hatte der Gläubiger alle oben entwickelten Rechte. Bekümmerte er sich um die Sache nicht, so schritt der Gläubiger unbekümmert in den gesetzlichen Formen und Fristen zur Veräußerung des Pfandes. — cf. Dist. III, c. 14 d. 1 u. 3. — Das Interesse des Gläubigers, ein leichtes Beweisrecht zu haben, beschränkte sich also auf den Fall, daß das Pfand weniger werth war als seine Forderung. Es fragt sich, ob man diesem Interesse Rechnung trug. Nun leugnet allerdings der Sachsensp. I, 70 §. 1 eine besondere Art des Beweisrechtes in dem Falle des wegen Contumaz des Beklagten entrissenen Pfandes und läßt den Beklagten, so lange er nicht für überführt gilt, immer noch zum Eide. Allein da dieses Pfand prinzipiell nur die

---

nung der gesammten Schuld geltend gemacht werden, und darum mußte trotz derselben der Gläubiger seinen Eid: dat it nicht ghelost ne si, d. h. daß die Schuld (noch) bestehe, auf dem Pfande behalten. Wie ist aber damit folgende Stelle vereinbar?

Wolde en ok en pant ledeghen mit sinem rechte, dat he dat ghelöst hedde — daß die Schuld nicht (mehr) bestehe — den edh scolde he ok to hant don. pg. 80. l. 9. S. unten unter II.

Tendenz hat, den Beklagten zur Antwort zu zwingen, und erst in zweiter Linie die, den Kläger wegen seiner Forderung sicher zu stellen, so entscheidet diese Bestimmung für das vertragsmäßige Pfandrecht; auch der Sachsenspiegel für die späteren Quellen nicht. Dagegen liefern diese Entscheidung die Distinctionen III, c. 17 d. 16:

Had ein jode pfand, darczu gelobit is, der mag jenen umme das globede beclagen an gerichte. Bekennet her, daz her gelobet hat czu deme phande, so sal men ome helfen zcu deme phand, »ab iz zu korcz ist.« Spricht jener her habe ime nicht globet zcu deme phande, so gebare der jode mit deme phande, alz vor gescriben ist.

In der vorhergehenden Distinction ist nun aber vorgeschrieben, der Jude solle dem Schuldner das Pfand anbieten, dann soll er vor Gericht kommen und sprechen: — ich ha daz phant angeboten N — des en wel he nicht losen, und fragen: wy ich forbaz geboren sulle. So teyle man ome he sulle noch zcwer ufbiten. Wen he daz getud, dornoch wende he daz in sinen nucz unde sy von jeme ledigk unde loz. — Damit ist also entschieden, daß der Pfandgläubiger, selbst wenn sein Pfand zu wenig werth ist, gegen den leugnenden Schuldner eine Klage aus dem Pfande, die mit besonderer Sicherheit ausgestattet wäre, nicht habe, daß er vielmehr, falls der Schuldner das Pfand leugnet, sich lediglich mit dem An- und Aufbieten und dem schließlichen Verkauf, oder mit der dem gewöhnlichen Beweisrechte unterliegenden Klage aus dem Schuldvertrage begnügen müsse. Dies Resultat bestätigt auch im Allgemeinen Dist. 19 ibid.

Beduchte nu eyn cristen, daz sin phant erger wern worden, unde wulde der dorumbe nicht losen, unde had der cristen dorczu globet, so mag der jodde clagen umbe daz globede, so muss om der cristen dorczu neyn adder ja sagen. (cf. ibid. d. 13.)

falls man dieses »neyn« mit dem alleinigen Eide des Beklagten übersetzt, wie man nach der vorigen Entscheidung berechtigt ist.

Ein zweiter Fall, in dem die muthmaßliche Absicht der Partheien das Beweisrecht auf den Kläger überträgt, ist der, daß der „Jude", falls die Kapitalschuld unbestritten ist, das Zinsversprechen nach Existenz und Höhe mit seinem alleinigen Eide erhärtet. Denn es liegt außer Berechnung, daß der Jude von seinem Rechte, sich Zinsen versprechen lassen zu dürfen, nicht Gebrauch gemacht habe. Wollte man annehmen,[24] daß der Jude allein durch Hingabe des Kapitales, auch ohne ausdrückliches oder stillschweigendes Versprechen sich die Zinsen verdient habe, so bedürfte nur noch die Höhe der Zinsen, nicht aber die Existenz des Zinsversprechens des Eides. Aber gerade auch auf letzteres richtet er sich nach dem Ausdrucke der Quellen:

Lihet ein jude eim cristen gelt uff pfant oder ane pfand — Spricht aber der cristen, er hette im kein gesuch gelobet, das hulfe yn nicht, wen der jude ist dez neher czu bewisen mit syme eyde uff moyses buche. Spricht aber der cristen, ich bin ym nicht schuldic (Kapital), dez entget er im mit sime eide. Dist. III, c. 17 d. 13. cf. d. 26.

4) Eine vierte Ausnahme endlich beruht lediglich auf politischen Gründen, sie betrifft die Sühne und Urfehde. Urfehde ist das Versprechen, für erlittene Unbill — sei diese auch keine gesetzwidrige wie Schuldhaft (Gslr. pg. 70 l. 37) oder Verhaftung in Overhöre (Gslr. pg. 56 l. 13) — sich nicht rächen, insbesondere um ihretwillen keine gerichtliche Klage erheben zu wollen. Sühne ist das Versprechen, für gethane Unbill vertragsmäßige Composition zu zahlen und für die erlittene sie anzunehmen. — cf. Haltans Glossar s. h. v. Glosse ad Sachsensp. I, 8 §. 3.

---

24. So Stobbe pg. 108.

Gslr. pg. 6 l. 36. pg. 12 l. 41. pg. 47 l. 37. Weichbild a. 51—53. — Beide bezweckten also die Beendigung gerichtlicher und außergerichtlicher Streitigkeiten; die für die staatliche Ordnung von höchstem Interesse war, und somit verdienten sie — außergerichtlich abgeschlossen — ein sicherndes Beweisrecht, um so mehr, als manche Leidenschaft eine bösliche Ableugnung befürchten ließ. Daher hat Derjenige, gegen den trotz des Versprechens um der fraglichen Sache willen Streit erhoben wird, das Beweisrecht über die geschworene Urfehde. Und dasselbe gilt bei der Sühne, so daß nicht blos Derjenige, der die Composition zu fordern hat, gegen den säumigen Zahler, sondern auch Derjenige, der die Composition zahlte, gegen den Empfänger, falls dieser den Streit nicht ruhen ließ, die Sühne beweist. Doch begnügte man sich bei diesem Beweisrechte nicht mit dem alleinigen Eide des Klägers (Excipienten), sondern forderte den Eid selbsieben, welche helfenden Zeugen wohl regelmäßig aus den Sühnleuten bestehen, die darüber gekoren wurden die sach zu entscheiden. Weichbild l. c.

Sachsensp. I, 8 §. 3: Geschit it aver ane gerichte, he mut it getügen selve sevede, dem man die sune oder de orveide dede. cf. Richtstg. c. 41 (pg. 85 l. 10). Gslr. pg. 35 l. 24. pg. 36 l. 5. pg. 92 l. 3. Dist. IV, c. 46 d. 9.

II. Wir gehen jetzt über zu der zweiten Art der Ausnahmen, in der das Recht zum Beweise dem Beklagten ungeschmälert bleibt, in der man sich aber mit dem alleinigen Eide desselben nicht begnügt, sondern von ihm eine besonders ausgezeichnete Garantie verlangt. Es ist dies der Fall der Zahlung. Die Zahlung ist eine Thatsache, eine Handlung, wodurch ein bestehendes Schuldverhältniß die beabsichtigte Erfüllung erhält und somit die bisher bestandene Verbindlichkeit des Schuldners aufgehoben wird. Sie fällt also ihrem Begriffe nach unter diejenigen Thatsachen, deren Behauptung den beklagten Schuldner regelmäßig zum alleinigen

Bestärkungseide berechtigt. Doch hat die Behauptung der Zahlung immerhin eigenthümliche Momente. Zunächst ist der befreiende Umstand nicht ein solcher, der unabhängig von dem Willen und Wissen des Klägers eintritt, sondern ein solcher, der die Forderung des Klägers von Anfang an als ein entschiedenes Leugnen desselben hinstellt oder ihn selbst einer Unredlichkeit, zum wenigsten einer groben Fahrlässigkeit beschuldigt. Dann aber ist auch die Behauptung der Zahlung ein so unbedingtes und prägnantes Zugeständniß der Forderung, daß — so zu sagen — der Eindruck der folgenden Verneinung dadurch geschwächt wird. In diesem Sinne forderte man bei behaupteter Zahlung von dem Schuldner einen verstärkten Eid selbdritt und zwar mußten die Gezeugen solche sein, die sahen und hörten. In diesem Sinne suchen auch die Distinctionen den Fall der Zahlung unter ein allgemeineres Prinzip zu bringen, indem sie sagen:

Wert ein man beclaget umbe schult vor gerichte unde spricht: ich waz sy schuldig, ich ben or aber nu nicht schuldigk: das mus he selbderte vorrechten. Dist. III, c. 13 d. 1.

Doch finden wir in den dem Sachsenspiegel zunächst liegenden Rechtsquellen dieses Prinzip lediglich auf die Zahlung und das Angebot der Zahlung angewandt:

Des sal aver he getüch hebben of he's bedarf an tven mannen, die dat sagen dat he (»alle scult«) vergalt, oder to geldene bot mit silver oder mit penningen genge und geve do, unde is jene weigerde mit unrechte to nemen do (am richtigen Ort). Sachsensp. I, 65 §. 4. cf. I, 54 §. 3. II, 6 §. 2. Dist. III, c. 9 d. 1. Richtsteig Lndrs. c. 8 (pg. 17 l. 8). Lehnrs. c. 13 §. 5. und in allen Rechtsbüchern unzählige Stellen.

Diese Beweisart der Zahlung tritt nun aber auch unter allen Umständen ein, gleichgültig welcher Parthei, abgesehen von ihrer Behauptung, bezahlt zu haben, das Beweisrecht zugestanden ha-

den würde. Daher auch, wenn sich der Gläubiger auf gerichtliches Zeugniß und insbesondere auf gerichtliche Briefe beruft, der Beweis der Zahlung mit Gezeugniß eintritt.

Spricht dorkegen der antworter das dy schult betzalet sy und vorgolden, dy in deme scheppen bryfe stet, dorumme man yn anspricht, daz sal her bewysen selb dritte uf den hylgen, das dy schult betzalet sy. Kulm. R. III, a. 63. 64.[25] Magdeb. Fragen II, c. 2 d. 8.

Dies geschieht auch dann, wenn dem Kläger aus anderen Gründen ausnahmsweise das Beweisrecht zusteht:

Swelich man bewerin wil af die heiligen, daz er sinis herrin zehenden unde sinir knechte lon vorgoldin habe, der můz iz selbe dritte geziugin. Görl. Landr. 37 §. 3. cf. Weichbild. a. 78.

und gewiß trat die gewöhnliche Regel auch dann ein, wenn auf Grund eines Faustpfandes der Gläubiger an und für sich zum Beweise gelangt wäre, obwohl die dem Sachsenspiegel zunächst liegenden Rechtsquellen diesen Fall nicht besonders hervorheben. (cf. Bamberger Stadtr., Zöpfel §. 291 a. E. Münchener Stdtr. c. 433.)

Eine Modifikation dieser Beweisart trat aber nach Magdeburgischem Rechte dann ein, wenn der Erbe des Schuldners der Beklagte war und behauptete, sein Erblasser habe bezahlt:

---

25. Es wird hinzugefügt: wider das recht habe wir eyne willekore. Diese wird aber nirgends erwähnt. — Gslr. pg. 71 l. 30 und die Dist. III, c. 11 d. 2 — 6 sprechen dem Zusammenhange nach von Privatbriefen, bei denen die Statuirung des gewöhnlichen Beweises keiner Bemerkung bedarf. Wenn Stobbe (pg. 87) meint, die Dist. III, c. 11 d. 2 befolgten den Grundsatz, daß gerichtlich geschlossene Schuld als bezahlt nur durch gerichtliches Zeugniß bewiesen werden könne, so ist dagegen zu bemerken, daß Dist. 2 von Privatbriefen spricht, daß die meisten Handschriften anstatt »wer dy schult an gerichte geschen« lesen schult — berichtunge, — vorrichtunge (Ortloff

Beclayt eyn man den andirn umme gelt noch todir hant — spricht aber jener — her — habe ym vorgulden, das mus her sweren uf den hilgen »selbsebende.« Kulm. Recht III, a. 66. Weichbild (Thüngen) a. 75.

Wahrscheinlich ist es, daß nach der Strenge des Sachsenspiegels der Beklagte auch in diesem Falle die Handlung seines Erblassers weder allein noch mit Gezeugen beschwören durfte und daß er, in dieser Beziehung schutzlos, nur auf die Schwierigkeit des klägerischen Beweises bauen konnte.

Bemerkenswerth ist es endlich noch, daß die Goslarischen Statuten den Beweis der Zahlung nur dann zulassen, wenn sie vor Gericht geschah und mittels Gerichtszeugnisses bewiesen werden konnte. Geschah sie aber außerhalb Gerichtes und will sie der Schuldner gegen die klägerische Forderung vorschützen, so sehen sie in dieser Behauptung nur das unbedingte Bekenntniß der Schuld:

Wert en man beklaghet vor gherichte umme scult unde sprict de beklaghede man: ich was de scult sculdich, de hebbe ich ghegolden; dar mede ne mach he sich nicht ledighen, he ne hebbe des dat gherichte to tüghe dat he de scult vorgulden hebbe. pg. 72 l. 13. cf. pg. 71 l. 30 u. Priv. Frider. II, pg. 112 l. 36.

Wenn aber die Stelle weiter vorschreibt, falls eine außergerichtliche Zahlung vorliegt:

he scal s u n d e r b e k a n t n i s s e sich der scult untsculdighen up den hilleghen

so liegt darin ein schöner Beweis, wie wenig für das gerichtliche Verfahren die nackte Thatsache von rechtlicher Relevanz war, wie es in ihm immer und lediglich auf das, durch die Thatsache nur motivirte, Urtheil der Parthei: „ich bin nicht schuldig", ankam.

---

pg. 465), was allein Sinn giebt, und daß die noch angeführte Dist. III, c. 13 d. 1. gar nichts dergleichen sagt.

Anmerkung. Man könnte leicht geneigt sein, eine fernere Ausnahme für das Beweisrecht in Schuldverhältnissen in den folgenden Bestimmungen des Sachsenspiegels zu finden:

Sve so over den anderen dach sine düve oder sinen rof under enen manne vint, die dat openbare gekoft hebet unde unhalinge gehalden hevet, unde des getüch hevet. Sachsensp. II, 36 §. 1. III, 7 §. 4. Dist. IV, c. 9 d. 4.

Svat so man enem manne liet oder düt to behaldene openbare, mach he dat getügen selve dridde. Sachsenspiegel III, 5 §. 1. Richtsteig c. 47 (pg. 97 v.).

wenn man hier den Beweis mittels Gezeugnisses auf die genannten Obligationen bezieht. Allein die nähere Betrachtung läßt in diesen Fällen Eigenthümlichkeiten erkennen, die sie auf ein ganz anderes Feld verweisen. Zunächst handelt es sich gar nicht um den Beweis dieser Rechtsverhältnisse unter den Contrahenten selbst, vielmehr wird der Beweis immer gegen einen Dritten geführt, der die besessene Sache als sein Eigenthum und zwar als gestohlen oder geraubt in Anspruch nimmt. Ferner finden wir überall die Worte »openbare, unverholen und unverstolen, unhelinge« als nothwendiges Prädikat den Rechtsverhältnissen beigefügt. Ja wir finden dieselbe Beweisart in Beziehung auf diese Prädikate unter Umständen, unter denen von dem Beweise einer solchen Obligation gar nicht die Rede sein kann. — Sachsensp. III, 89. Richtsteig c. 40 (pg. 82 l. 1). — Endlich spricht sich die ganze Tendenz des Beweises auf das klarste aus, wenn in den angezogenen Stellen als sein Resultat bezeichnet wird:

man ne mach ine düve noch roves tien dar an.
den ne mach man nener hanthaften dat sculdegen.

Handhafte That war nun aber nach der Strenge des Sachsenspiegels schon da vorhanden, svar man — düve oder rof in sinen geweren hevet, dar he selve den slotel to dreget — Sachsensp. II, 35 — und deren böse Folgen waren, daß der Beschuldigte sich auf keinen Gewehren ziehen — Sachsensp. III, 35 §. 1 u. Dist. IV, c. 9 d. 10 — und von dem Kläger des Diebstahles oder Raubes übersiebnet werden konnte. — Sachsensp. I, 66 §. 1. — Um nun den Begriff der handhaften That und ihre Folge auszuschließen, wurde es Demjenigen, in dessen Verwahrung man eine Sache fand, gestattet, den Beweis zu führen, daß er die Sache unheimlich gehalten oder offenbar gekauft, geliehen, in Depositum erhalten habe. Sonach bewegt sich dieser Beweis vollständig auf dem Gebiete des Criminalprozesses und nur das ist ihm eigenthümlich, daß ein

Beweismittel gebraucht wird, das regelmäßig nur dem Civilprozesse angehört. Diese Auffassung spiegelt sich auch auf das klarste in der Darstellung des Richtsteiges c. 40. (pg. 81. 82. Die daselbst pg. 81 l. 27 zu lesenden Worte: Dafur musz er sieben mannen aide leiden, sind wohl zu versetzen auf pg. 82 l. 3 nach den Worten: »es get im an den leip.«)

§. 17.

Das Magdeburgische Recht.

Wir finden noch deutliche Spuren, daß auch das Magdeburgische Recht in früherer Zeit in allen obligatorischen Rechtsverhältnissen dasselbe Beweisrecht befolgte, welches der Darstellung des Sachsenspiegels zu Grunde liegt. So heißt es in dem zweiten nach Goldberg eingesandten Schöffenbriefe §. 18:

Item si quis alium pro debitis in querimoniam traxerit, nullis testibus inductis convincere eum poterit — (Gaupp, Magdeburgisches und Hallisches R. pg. 222).

Damit scheint bereits der Hallische Schöffenbrief von 1235 in direktem Widerspruch zu stehen:

Si aliquis incusatus fuerit coram judice de debitis — — Si autem plane negaverit (reus), agens melius ipse Illus in reliquiis probabit, quam respondens. §. 30 (l. c. pg. 227).

Denn hier wird ebenso unbedingt dem Gezeugniß des Klägers das Beweisrecht eingeräumt. — cf. Magdeburgischer Schöffenbrief an Breslau von 1261 §. 78 und der von 1295 §. 2 (l. c. pg. 249 u. 259). Kulm. R. III, a. 69. — Verbinden wir aber hiermit ferner das an Görlitz im Jahre 1304 mitgetheilte Recht a. 127:

Beclaget ein man den anderen mit gezuge, umme swelcherhande gelt iz sie, daz her im schuldic sie, da sol der antworter rechter gewere umme biten unde der cleger sol im die were tun (d. h. dieser beweist). Also bescheidenlichen (in dem Falle jedoch), daz der antworter sol sprechen, daz her guten

gezug habbe, daz her im nicht schuldic en sie, die were sol der sakwaldege tun deme clegere (d. h. der Beklagte beweist). (l. c. pg. 312. 313.) cf. Kulm. R. III, a. 41.

so erhält hier wiederum der Beklagte das Beweisrecht, jedoch mittels Gezeugnisses. Neben diesen Bestimmungen herlaufend finden wir aber auch immer noch, daß der Beklagte mit seinem alleinigen Eid zum Beweise gelange:

Spricht abir ein gast einen andern an umme schult vor gerichte, her entget im als recht is mit sines eines hant, her en bringe danne sinen gezug uffe in. Görlitzer Recht von 1304 a. 25. cf. a. 127 (l. c. pg. 313 u. 280). Weichbild a. 68. Kulmisches R. II, 28.

Dies ist die sogenannte „schlechte Klage." — Magdeb. Fragen II, c. 10 d. 1. — Fassen wir diese verschiedenen Bestimmungen zusammen, so ergiebt sich als Resultat: Wie der Sachsenspiegel das Gerichtszeugniß als eine stärkere Garantie für die Behauptungen der Partheien betrachtet, als den Eid und das Gezeugniß, und eben darum Demjenigen das Beweisrecht zuertheilt, der sich zur Erbringung dieser stärkeren Garantie erbietet, so unterscheidet das Magdeburgische Recht weiter zwischen dem alleinigen Eide und dem Gezeugniß, so daß es letzteres für eine stärkere Garantie hält, als den ersten, die das Beweisrecht zu seinen Gunsten bricht. Hiernach statuirt dasselbe im Beweisrechte folgende Steigerungen. Wenn der Kläger in schlechter Klage und also ohne Erbieten zur stärkeren Garantie des Gezeugnisses klagt, so tritt das Beweisrecht des Beklagten mit alleinigem Eide, wie es der Sachsenspiegel kennt, ein. Klagt aber der Kläger mit Berufung auf Gezeugniß, ohne daß der Beklagte etwas anderes bieten kann als den alleinigen Eid, so gewinnt ersterer mit seiner stärkeren Garantie den Beweis.

Ob ein mann gezeugen klagt und der ander »schlecht«

antwortet, so soll der kleger jenen überzeugen selbdritt auf den heiligen. Magdeb. Fragen II, c. 2 d. 12.
Beruft sich hingegen der Beklagte für seine Negative gegenüber der Klage mit Gezeugniß ebenfalls auf Gezeugniß, so sind die angebotenen Garantien gleich stark und es muß wiederum die alte gemeine Regel entscheiden, daß dem Beklagten der Beweisvorzug gebühre.

Wes ein man nicht obirwunden wirt (mit Gerichtszeugniß) und butet davor sin unschult, wenne he dorumb angesprochin wirt, her mag wol dervor gerichten mit sines eigens hand mit czwen fingern uff den heiligen, is were denne, daz man in mit geczüge angesprochin hette, so mag her auch entgen mit sime rechten mit geczuge. Schöffen-U. Böhme VI, pg. 111. cf. Glosse zu Weichbild a. 68 a. E.

So sehen wir, daß dieses im Obligationenrechte geltende Beweisrecht auf denselben Grundlagen beruht, als das des Sachsenspiegels. Denn lediglich in der weiteren Fortbildung des Gedankens, der beim Gerichtszeugnisse dem Sachsenspiegel schon zu Grunde liegt, daß durch ein gegenseitiges Ueberbieten in der Stärke der Garantien das Beweisrecht bestimmt werden könne, ist eine Neuerung zu finden. Ja es ist bemerkenswerth, daß sich in einigen Fällen das alte Beweisrecht des Sachsenspiegels auch im Magdeburgischen Rechte ganz rein erhalten hat. Das ist zunächst der Fall überall da, wo eine Frau-Parthei ist:

Klaget ein weib auff einen mann umb gelt, das ist der mann neher zu entgehende, denn da sie überzeugen mag, wann kein weib mag einen mann umb gelt uberzeugen. — Magdeb. Fragen II, c. 2 d. 20. Kulm. R. III, a. 76 — und umgekehrt:

Beklaget man eine frawen umb irer selbs schuld oder umb gelübd, des ist sie neher zu entgehen mit ir selbs hant, denn sie jemandt überzeugen möge. Magdeb. Fragen II, c. 2 d. 21.

Ferner dann, wenn ein Jude gegen einen Christen klagt:

wenne keins juden eid umb gelt obir Xn luthe get und kein judeneid einen Xmann umb gelt ubirczugin mag. Schöffen-U. Böhme VI, pg. 114. Kulm. R. III, a. 75.

II.

Die Gewahrsam beweglicher Sachen.

§. 18.

Den Uebergang gleichsam vom Beweisrechte im Obligationenrechte zu dem im Sachenrechte bildet die Bestimmung desselben bei der thatsächlichen Frage, in der der Kläger behauptet, daß der Beklagte eine Sache inne habe, dieser aber es leugnet. Und zwar ist hier Innehabung in der weitesten und allgemeinsten Bedeutung zu verstehen, wonach sie dasjenige körperliche Verhältniß zu einer Sache ist, welches die faktische Disposition über dieselbe ermöglicht. Nach natürlicher Anschauung kann diese Frage bei Grundeigenthum nicht wohl aufgeworfen werden; denn bei ihm äußert sich dieses rein faktische Verhältniß in so erkennbarer Weise, daß ein Leugnen desselben seiten des Innehabenden nicht wohl denkbar ist. Die Frage aber, wie es zu halten sei, wenn beide Partheien sich die Gewere an der Sache zuschreiben, gehört gar nicht hierher. So kommt dieses Verhältniß nur bei beweglichen Sachen in Betracht, denn hier ist eine Verheimlichung, eine Vermischung derselben mit den anderen Bestandtheilen des Vermögens im Bereiche der Möglichkeit. Wenn nun aber dieses Verhältniß zunächst durchaus nicht von seiner rechtlichen Seite betrachtet wird, wenn es sich hier und für den Augenblick durchaus nicht um ein Recht an der Sache oder um die rechtlichen Wirkungen desselben handelt, so ist dasselbe eben nichts als ein Produkt des natürlichen Willens der

Parthei, eine Handlung. Es fällt somit unter den Begriff des »dun« und aus diesem Gesichtspunkte steht denn auch das Beweisrecht der Negative dem Beklagten zu und zwar mittels des alleinigen Eides. Auch kann ja nur von diesem, so lange das Verhältniß sich der Oeffentlichkeit entzieht, ein Wissenseid geleistet werden. Doch scheint die Anschauung der Rechtsquellen gerade hier dem Eineide des Beklagten durchaus nicht günstig gewesen zu sein, denn fast überall finden wir eine besonders accentuirte Hervorhebung der Statthaftigkeit desjenigen Beweismittels, das dieses Beweisrecht bricht, der leiblichen Beweisung. Darin aber besteht der besondere, unterscheidende Charakter dieser Art des Gerichtszeugnisses, daß das Gericht nicht etwas bezeugt, was in vergangener Zeit vor ihm geschah, sondern daß es ausdrücklich und lediglich zum Zwecke des eben jetzt zu führenden Beweises von der einen Parthei in Thätigkeit gesetzt wird. Die Wirkung dieses Beweismittels bleibt nach der Regel die, daß die sich hierauf berufende Parthei, und das ist hier nothwendig immer der Kläger, das Beweisrecht erlangt.

In der Anwendung auf die einzelnen Fälle finden wir nun, daß sich zunächst der Eid des Beklagten vielfach als eine Art Manifestationseid darstellt. So, wenn es sich um die Rückgabe einer widerrechtlich entzogenen Sache handelt:

Svie dem anderen des sines icht nimt mit gewalt oder ane sine witscap — das sal he weder geven mit bute, oder sveren dat he's nicht weder geven ne moge. Sachsensp. III, 47 §. 1. Dist. IV, c. 33 d. 1.

wenn die Herausgabe einzelner Stücke des Heergewettes oder der Gerade verlangt wird:

Sves dat wif nicht hevet dirre dinge, des ne darf se nicht weder geven, of se ire unscult darn dar to dun, dat se is nicht ne hebbe, umme jewelke scult sunderliken. Svat man aver dar bewisen mach, dar ne mach ne weder man noch wif

nene unscult vore dun. Sachsensp. I, 22 §. 4. Gslr. pg. 5 l. 8. Dist. I, c. 8 d. 1. c. 17 d. 1. Schöffenbrief an Neumarkt ao. 1235 §. 24 (Gaupp pg. 226). Weichbild a. 25.
Ferner wenn eine Frau behauptet, sie habe nirgends weder Geld noch Gut, ihre Schulden zu bezahlen:

unde gewert zcu den heiligen mit oreme eyde, so sal man se nergen hen antwerten. Dist. III, c. 9 d. 7. Endlich:

So sal her bewisen zcu den heyligen, das her nirgen andirs gutis noch pfandis en habe, domethe her im vollen irstaten moge, so mag man im jenen vor das obrige gelt antworten bi der hand. Dist. III, c. 14 d. 1.

Die Anwendung dieses Eides findet aber auch dann statt, wenn sich an die Innehabung der Sache die Verpflichtung zur Einlassung auf die Klage knüpft:

Spricht dann der antworter: — ich pin sein unschuldig, das ich des seinen ichts icht habe; wil er denn mit seinem aide also von im kumen, so hastu wol zweyerley willkur. Richtsteig c. 11 (pg. 20 l. 22).

Wenn nun im Verlaufe der Richtsteig als das eine Hülfsmittel des Klägers die leibliche Beweisung in der Weise darstellt, daß durch das Erbieten zu derselben der Kläger das Beweisrecht gewinnt, so ist das ganz in der Ordnung. Merkwürdig ist es aber, daß er als zweites Hülfsmittel dem Beklagten das Recht zuspricht, die leibliche Beweisung auch noch nach dem geleisteten Eid des Beklagten zu gebrauchen. Entschieden müssen wir annehmen, daß nach dem Rechte des Sachsenspiegels im Civilprozesse diese Operation unmöglich war, denn durch den geleisteten Eid hatte der Beklagte die geforderte Garantie für seine Negative erbracht und diese bildete formelle Wahrheit. Eine Benutzung der leiblichen Beweisung war darum nach diesem Zeitpunkte nur noch möglich zu dem Zwecke, den Beklagten des Meineides zu überführen. Hierzu bedurfte es aber der prinzipalen Erhebung dieser Anklage,

sie konnte nicht blos als Incidentpunkt des bürgerlichen Verfahrens betrachtet werden — darauf führen wohl mit genügender Sicherheit die allgemeinen Beweisprinzipien des Sachsenspiegels und sein Schweigen über diese Befugniß des Klägers, die ihm der Verfasser des Richtsteiges zuschreibt — vielleicht nur einen advokatischen Kunstgriff lehrend.

Eine über diese Fälle hinausreichende Anwendung des Eides des Beklagten scheint es endlich zu sein, wenn es von den abgesonderten Kindern, die an der Erbtheilung der nicht abgesonderten theilnehmen wollen, heißt:

se muten in de dele bringen mit irme ede al dat gut, dar se mede afgesundert waren of it is varende gut, sunder rade. Is it aver andere gut, dat man dar bewisen mach, dar ne mogen se nicht vore sveren. Sachsensp. I, 13 §. 1.

Denn wahrscheinlich sollen hier nicht blos diejenigen Sachen eidlich benannt werden, die jetzt noch vorhanden sind, sondern alle diejenigen, die die Kinder zur Zeit der Absonderung erhielten, selbst wenn sie jetzt veräußert oder sonst verloren gegangen wären.[26]

III.

Das Sachenrecht.

§. 19.

Allgemeines.

Wenn wir für die Bestimmung des Beweisrechtes den Begriff und damit den Umfang des Sachenrechtes näher bezeichnen wol-

---

26. Eine Ausnahme im Beweisrechte, sowohl was die berechtigte Person als die Modalität betrifft, giebt folgende Stelle des Sachsenspiegels, die von dem Beweise eines früheren, jetzt nicht mehr vorhandenen Besitzes handelt:

Sve so halt enen glumenden hund oder enen tamen wolf oder hert oder beren oder apen, svat so die to schaden tut, dat sal he gelden;

len, so kann dies nach dem deutschen Rechte des Mittelalters kaum anders geschehen als durch die Umschreibung, daß dasselbe alle diejenigen Rechtsverhältnisse zu einer Sache umfasse, aus denen eine dingliche Klage statthaft sei. Man kann dabei zwei Arten der dinglichen Klage unterscheiden. Die eine gründet sich darauf, daß dem Kläger ein absolutes dingliches Recht an der Sache selbst zusteht — absolut in dem Sinne, daß das Recht in sich selbst abgeschlossen ist, die Gewähr seiner unbedingten Geltung in sich selbst trägt und diese Geltung ihm nicht blos in Vergleich mit einem anderen Anspruche der Sache zusteht. Es liegt somit in ihrem Begriffe, daß sie an und für sich gegen jeden dritten Besitzer der Sache, wer er sei, angestellt werden könne. Die andere dingliche Klage dagegen stützt sich nicht auf ein solches absolutes Recht an der Sache, sondern sie wird begründet durch die Behauptung des Klägers, daß er in einem solchen Verhältnisse zur Sache stehe, welches das Dazwischentreten des Beklagten zwischen ihn und die Sache zum Unrechte stempele. Sie vergleicht also das Verhältniß des Beklagten zur Sache mit dem des Klägers und behauptet, daß das letzte das stärkere, zur Geltung mehr berechtigte sei. Sie beruht auf dem Prinzipe der Relativität.[27] Aus diesem Prinzipe fließt denn auch jener besondere Schutz, den die Innehabung einer Sache kraft eines Vertrages genießt. Denn das deutsche Recht gewährt bekanntlich dieser nicht blos den Schutz aus der Obligation und gegen den anderen Contrahenten, sondern es betrachtet dieses Rechtsverhältniß zur Sache als ein selbständiges, welches auch

---

wel he ir sik üteren na'me schaden, dar mede n'is he nicht unsculdich, of man dat getugen mach die man (Kläger) selve dridde, dat he sie gehalden hebbe bit an die tiet, dat sie den scaden daden. II, 62 §. 1. cf. Dist. II, c. 9 d. 2.

Es sind wohl polizeiliche Rücksichten, die hier walten. cf. Dist. 1 l. c. Sachsenspiegel l. c. §. 3. Schwabenspiegel. Lßbrg. a. 244.

27. S. Note 55.

gegen einen Dritten, der diese Innehabung selbst widerrechtlich bricht oder sein Recht an und zur Sache lediglich von einem solchen ableitet, mit der dinglichen Klage geltend gemacht werden kann. Die Beispiele des Commodats und Depositum sind vor Jedermanns Augen. — cf. Schwabenspiegel (Laßberg) a. 230. Dist. IV, c. 42 d. 6. — Ebendaher leitet der Besitz einer Sache überhaupt den erweiterten Schutz ab, der sich nicht blos auf eine widerrechtliche Handlung des Beklagten zu stützen braucht. Weil also diese dingliche Klage davon ausgeht, daß überhaupt jedes stärkere Recht zu einer Sache des Schutzes gegenüber dem schwächeren theilhaftig sein müsse, so hat sie eben dadurch eine beschränktere Wirksamkeit. Sie geht nicht gegen jeden Dritten, sondern nur gegen diejenigen Dritte, die ein schwächeres oder gar kein Recht zur Sache haben. — Ja dieses Prinzip der Relativität beherrscht überhaupt allen und jeden Schutz des rechtlichen Verhältnisses zu einer Sache, so daß es auch jene erste, auf einem absoluten Rechte beruhende dingliche Klage in sich aufnimmt, indem auch diese ihrer äußeren Form nach immer nur ein relativ stärkeres, freilich aber ein stärkeres als „jedes“ andere Recht an und zur Sache geltend macht. Daher wird als die gemeinschaftliche Grundlage der dinglichen Klage überhaupt bezeichnet:

das der clager claget, das N. under im hat, das er (Kläger) pillicher het, dann er (Beklagter). Richtsteig c. 11 (pg. 20 l. 1).

Trotz dieser verschiedenen Begründung und Wirksamkeit der dinglichen Klage muß aber doch behauptet werden, daß der innere Charakter derselben ein unveränderlicher sei. Denn nicht das ist das Prinzipale, daß die dingliche Klage einem dinglichen Rechte an der Sache im technischen Wortsinne entspreche, nicht daß sie unbedingt gegen jeden Dritten gehe, sondern darin besteht ihr Wesen, daß sie sich nicht beruft auf irgend welche obligatorische Verpflichtung des Beklagten, sei es Vertrag, sei es Delikt, kraft deren er die Herausgabe der Sache bewirken müsse, sondern daß

sie unmittelbar die Hand auf die Sache selbst legt, diese rechtlich ergreift. Sie will vom Beklagten nicht eine Handlung, sie will prinzipaliter das Ding, die Sache. Darum bleibt es immer das charakteristische Kennzeichen derselben, daß sie nur gegen den wirklichen Inhaber der Sache gerichtet wird und werden kann.

Betrachten wir nun für das Beweisrecht das Sachenrecht, wie es sich durch diese erweiterte Wirksamkeit der dinglichen Klage bestimmte, und bleiben wir bei dem Falle stehen, daß dem Kläger die einfache Verneinung entgegengesetzt wird, so dürfte sich schon aus allgemeinen Gesichtspunkten ergeben, daß das Beweisrecht dem Beklagten nicht zugeschrieben werden konnte. Wenn der Kläger sich nicht beruft auf eine obligatorische Verbindlichkeit des Beklagten, sondern ein unabhängig von diesem ihm zustehendes Recht zur Sache anspricht, das durch die Innehabung derselben von jenem gestört werde, so behauptet er damit nicht eine rechtliche Beschränkung der Freiheit des beklagtischen Willens, sondern umgekehrt, daß sein Recht und die rechtliche Freiheit seines Willens durch das Gebahren jenes beeinträchtigt und beschränkt sei. Wenn ferner der Kläger sein Recht nicht stützt auf irgend welchen Willensakt des Beklagten, sondern behauptet, daß sein Recht zur Sache unabhängig von dem Willen jenes entstanden sei und bestehe, so wird der Beklagte, indem er verneint, nur nicht zugeben, bezweifeln — ein bestimmtes, selbständiges, auf eigenes Wissen gegründetes Urtheil, daß dem Kläger das behauptete Recht nicht zustehe, wird er ohne die positive Behauptung eines stärkeren Rechtes nicht aufstellen können. Damit ist aber die Unmöglichkeit des Beweises der Negative für diesen Fall ausgesprochen, denn gerade nur ein solches Urtheil bildet die Grundlage derjenigen Garantien, die der Beweis erbringen soll. Aus diesen Gründen wird denn bei jeder dinglichen Klage das Beweisrecht dem Kläger und zwar ausnahmelos zugesprochen. Regelmäßig aber begnügte man sich nicht mit dem alleinigen Eide. Das Recht an oder zu einer

Sache findet immer in dem Verhalten des Berechtigten zur Sache einen äußerlich erkennbaren Ausdruck, es verkörpert sich bis zu einem gewissen Grade in der Sache und so ist auch Dritten die Möglichkeit gegeben, ein Urtheil über solche Rechtsverhältnisse auf Grund ihres Wissens abzugeben. Und weil nun mittels der dinglichen Klage das bestehende faktische Verhältniß zu Ungunsten des jetzt genießenden Beklagten verändert und gebrochen werden soll, so forderte man auch wirklich vom Kläger eine durch Dritte verstärkte Garantie seines Urtheiles: das Gezeugniß. Die verschiedenen Modalitäten aber, in denen dasselbe zur Anwendung kommt, nöthigen uns auch für das Beweisrecht das Sachenrecht zu scheiden in das der Mobilien und das der Immobilien.

1. Mobiliarsachenrecht.

§. 20.

Die Regel.

Der Sachsenspiegel kennt für das Mobiliarsachenrecht[28] zwei verschiedene dingliche Klagen:

Sprikt die man gut an, unde klaget he dar up, unde wirt he mit rechte dar up gewiset, he blift is ane bute unde ane wette, de wile he's sik nicht underwint. I, 53 §. 2.

die eine also, deren Verlust den Kläger bußfällig macht, die andere, bei der dies nicht der Fall ist. Damit stimmt auch der Richtsteig überein:

Dietz mag der clager ansprechen zweyerley: mit einer slechten clage ader mag sie anfahen. c. 11 (pg. 20 l. 18).

Charakteristisches Wesen und Unterschied dieses „Anfanges“ und dieser „schlichten Klage“ besteht in Folgendem[29]:

---

28. Albrecht, diss. §§. 33. 35.

29. Budde, de vindicatione rerum mobilium germ. §§. 8. 9.

Will der Kläger mit Anfang klagen, so begiebt er sich mit Erlaubniß, aber nicht unter nothwendiger Mitwirkung des Gerichtes[30] zu dem, unter dem er das anzusprechende Gut weiß, und faßt hier die Sache an, hält sie auf. Das ist die Bedeutung der Worte:

wann ein itlich mann mag sich des seinen mit recht wol unterwinden, »wo er es dann ankummt.« Richtsteig c. 11 (pg. 21 l. 5).

Dabei fordert er den Besitzer der Sache auf, ihm die Sache wiederzugeben oder ihm sofort mit der Sache selbst vor Gericht zu folgen. Weigert ihm dieser Beides, so mag der Anfasser ihn mit dem Gerüfte beschreien und ihn als in handhafter That ertappten Dieb behandeln. Folgt der Angesprochene aber mit der Sache vor Gericht, so beginnt nun die Klage, vielleicht mit einem nochmaligen symbolischen Akte der Apprehension (»he sal sik underwinden sines gudes to rechte«). Cf. Sachsensp. II, 36 §§. 1 u. 2. Richtsteig c. 17 (pg. 32). Dist. IV, c. 9 d. 4. c. 42 d. 2. So geht die ganze Tendenz des Verfahrens dahin, den Kläger in fortwährendem Angesicht, ja in fortwährender körperlicher Berührung der Sache zu erhalten, so zwar, daß er im Falle seines Unterliegens büßen muß für den begangenen Frevel der Anfertigung. Sachsensp. I, 53 §. 2.[31]

Im Gegensatze hiervon fällt bei der schlichten Klage dieser außergerichtliche Akt und die ganze körperliche Beziehung zur Sache weg. Und während das ganze Verfahren beim Anfang für den Beklagten die faktische und rechtliche Unmöglichkeit erzeugt, das Faktum des Besitzes zu leugnen, erscheint es gerade als das Charakteristische der schlichten Klage, daß die Präjudicial-Frage des

30. Sachsensp. II, 36 §. 1. Rchtstg. c. 17 (pg. 32) sprechen vom »orlove« des Richters, aber nicht von dessen Mitwirkung. Doch fordern die Dist. IV, c. 42 d. 2 und Gslr. pg. 98 l. 17 diese letztere ausdrücklich.

31. cf. Grimm, Rechtsalterthümer pg. 589—591.

Besitzes einen wesentlichen Theil b ... , son-
bildet und im Leugnungsfall vor ... itzes
werden muß. Nur so läßt sich die ...
Richtsteig c. 11 (pg. 20 l. 19 ff.)
schildern will, nichts giebt als die
Besitzes treffen.

Diese verschiedene Behandlung der Besitzesfrage ...
der einzige Unterschied, der zwischen beiden Klagen obwaltet. Zwar ist deren Competenz in den verschiedenen Quellen verschieden bestimmt. Die Distinctionen: IV, c. 42 d. 1 und die Goslarischen Statuten: pg. 98 l. 15 beschränken den Anfang in sehr bestimmter Weise:

Men ne mach nich anevanghen denne v o r d ü v e t gut oder g h e r o v e t.

Aber der Richtsteig c. 11 (pg. 21 l. 2) verwirft diese Beschränkung in bewußter Opposition:

Wiesz, das etlich lewt sagen, das anfank an kein ding gescheenn muge von rechte; dan an dem das gestolen ader genommen ist. D a s i s t n i c h t w a r, wann ein itlich man mag sich des seinen mit recht wol unterwinden, wo er es dann ankumet.

Mit dieser Ansicht des Richtsteiges stimmt auch das Magdeburgische Recht überein. Denn die Magdeburger Fragen geben als Worte des Anfangs:

das im die farende hab oder das pferdt abgeroubet oder gestolen were o d e r e s s o n s t v e r l o r e n hette. I, c. 13 d. 1.

und ein Schöffenurtheil bei Böhme (VI, pg. 129) spricht vom Anfang der Gerade gegenüber den Erben. Dieselbe Ansicht theilt aber auch der Sachsenspiegel. Denn während er allerdings in a. 36, II gestohlenes oder geraubtes Gut voraussetzt, so läßt er ganz bestimmt in a. 89, III den Anfang auch bei guten Glaubens verwechselten Sachen zu, ohne nach Erweis der Verwechselung und

des guten Glaubens Buße und Wette für in Frage kommend zu erachten. Ja es ist zu behaupten, daß der Anfang nach letzteren Rechtsquellen selbst in solchen Fällen zulässig war, in denen der Eigenthümer die Sache freiwillig aus seiner Gewere ließ. — S. §. 21. — Allein trotz dieser verschiedenen Bestimmung der Competenz ist nach beiden Systemen die Behauptung unrichtig, daß der Anfang wesentlich „die Beschuldigung einer Unredlichkeit“[32] oder „die Untersuchung, wer der Dieb sei“,[33] enthalte. Denn alle Stellen, die das Verfahren beim Anfange schildern, setzen es, nachdem dem Beklagten alle Vertheidigungsmittel und insbesondere das Ziehen an den Gewährsmann versagt haben, ausdrücklich in das Belieben des Klägers, ob er den Beklagten einer Unredlichkeit zeihen oder sich mit der Rückgabe der Sache begnügen und somit den Beklagten als einen bona fide Besitzenden gelten lassen wolle.

Wenn du hast angefangen, das dein was — — — »wiltu« »denn« (nach vollbrachtem Anfange) die clag peinlich machen, so nym einen fursprechen pp. Richtsteig c. 39 (pg. 80 l. 9). Sachsensp. II, 36 §. 5.

Ja die Distinctionen, die gleich anfangs den Eid des Klägers: »daz daz phert sin were, do is ome obegestolen adder obegeroubet wart« fordern, schildern doch das ganze Verfahren des Anfanges, ohne auch nur die Möglichkeit einer Unredlichkeitsbeschuldigung zu erwähnen. — Dist. IV, c. 42 d. 5. — Die Buße und Wette aber, zu der der Beklagte, falls ihm an seinem Geweren Bruch wird, verpflichtet ist, muß er selbst dann bezahlen, wenn gar keine Beschuldigung erhoben wurde oder er sich davon reinigt — Sachsensp. l. c. Dist. l. c. —, sie fällt aber weg, falls er sich auf keinen Geweren zieht. — Dist. l. c. d. 7. — Somit erscheint diese Buße und Wette nicht als eine Strafe für eine dem gelun-

32. Planck, Zeitschrift f. d. R. X, pg. 246 Note 94.
33. Walter, Rechtsgeschichte II, §. 688. cf. §§. 537. 538. (2. Aufl.)

genen Anfange subintelligirte Unredlichkeit des Beklagten, sondern als Strafe für die Verzögerung des Prozesses durch unnützes Berufen auf einen Geweren. So sagt ausdrücklich Dist. 8 l. c.:

Czut sich eyner uff sinen geweren — brenget her on nicht, he mus daz gud mit busse unde gewette lassen unde wedergeben.

Anfang und schlichte Klage erscheinen daher als zwei Arten einer reinen dinglichen Klage. Sie fallen beide unter den höheren Begriff des »sik to deme gute tien«, welchem Ausdrucke wir allerwärts begegnen. So z. B. gebrauchen ihn die Dist. IV, c. 42 d. 13, wo von der Ansprache weggeschwemmter Sachen die Rede ist, die nach dieser Rechtsquelle nur die schlichte Klage zuläßt, und eben denselben die Dist. 25 ibid., wo von dem Anfang gestohlener Sachen gesprochen wird. Und eben weil beide Klagen nur für die Behandlung der Frage des Besitzes eine Verschiedenheit ergeben, so sind ihnen die Regeln über das Recht und die Art der Beweisführung vollständig gemeinsam. Als Regel nun aber gilt für das Mobiliarsachenrecht zunächst der allgemeine Satz, daß der Kläger das Beweisrecht habe, dann aber — und hierdurch unterscheidet es sich vom Immobiliarsachenrecht — daß der Kläger sich des Gezeugnisses mit „zwei“ helfenden Gezeugen bedienen müsse.

Es ist unsere Aufgabe, diese Regel in den einzelnen Fällen nachzuweisen. Diese lassen sich in zwei Gruppen behandeln, jenachdem sich die dingliche Klage auf ein bestimmtes Recht des Klägers an der Sache beruft und sich ausdrücklich und wesentlich auf dieses stützt, oder aber dieses nicht geschieht. Denn wenn die dingliche Klage auf dem Prinzipe der Relativität beruht, so muß für deren Begründung in vielen Fällen die Behauptung des Klägers genügen, daß er den Besitz der Sache in bestimmter Weise — widerrechtlich oder doch wider seinen Willen verloren habe. Hatte hier der Beklagte die Sache nur durch diesen Verlust unmit-

telbar oder mittelbar durch einen Dritten erworben und konnte er sich nicht auf einen davon unabhängigen Erwerbungsgrund berufen, so mußte sich schon um dieses Verlustes willen das Recht des Klägers an oder zu der Sache als das stärkere darstellen, gleichgültig in welchem speciellen rechtlichen Verhältnisse zur Sache er gestanden hatte.

I. Zu dieser letzteren Gruppe gehört zunächst die unendliche Zahl der Stellen, in denen der Kläger geraubtes oder gestohlenes Gut vindicirt:

— jene behalt sin gut dat ime verstolen ader afgerovet was, of he sik dar to tiüt uppe'n hilgen selve dridde vulkomener lüde an irme rechte, die dat weten dat it ime düflike oder roflike geloset si. Sachsensp. II, 36 §. 4. cf. ibid. §. 7. Richtsteig c. 13 (pg. 24 l. 7). Dist. IV, c. 42. d. 3. 9. 25. c. 9. d. 4 u. 14. Gslr. pg. 98 l. 17. Weichbild a. 134. Dasselbe wird nur von einer anderen Seite ausgedrückt, wenn es heißt:

Svat so en man vint oder dieven oder roveren afjagt — deme dat gut tohort, he sal sik dar to tien selve dridde. Sachsensp. II, 37 §. 1. cf. ibid. §. 9, II, 31 §. 2. Richtsteig c. 12. c. 15. (pg. 21 l. 18. pg. 28 l. 16). Gslr. pg. 105 l. 39. Dist. IV, c. 9 d. 5.

Noch andere Fälle sind, wenn das Wasser bewegliche Sachen wegschwemmte:

Sveme enes andern mannes have, dat varende have het, in watere to vlüt, die sal se jeneme weder geven, deste he sik dar to tie als recht is. Sachsensp. II, 29 »selb dritte«: Dist. IV, c. 42 d. 13.

oder wenn das Gesinde Sachen der Herrschaft veruntreuet:

Verdobelet en knecht sines herren gut oder versat he't oder verkoft he't, die herre mach it wol weder vorderen mit rechte, deste he sik dar to tie als recht is. Sachsensp. III, 6

§. 1. »selb derte«: Dist. IV, c. 42 d. 4. c. 36 d. 4. Gslr. pg. 82 l. 18.

Hierher gehört auch noch die Entwendung einer Sache aus Jemandes Depositum; nur ist es in diesem Falle zweifelhaft, wer zur Klage berechtigt sei. Zwei Stellen sind es, die dabei in Betracht kommen. Die eine bieten die Goslarischen Statuten pg. 99 l. 5:

Deyt men emme wat to truwer hand to behaldene, untvernet he dat oder wert it ime untvernet van sinem ghesinde weder sinen willen, dar mach de **sich to ten** deme dat untvernet is, also alse it ime vorstolen were.

Nach ihrer Wortfassung kann es kaum zweifelhaft sein, daß die dingliche Klage einmal dem Depositar, wenn ihm die Sache von einem Dritten entwendet wird, das andere Mal dem Deponenten, wenn diesem durch den Depositar selbst die Sache veruntreut wird, zugeschrieben ist. Doch geben dieser Auslegung die Distinctionen — IV, c. 42 d. 6 — scheinbar eine andere Wendung:

Tud eyn man deme andern icht czu getruwer hand czu behaldene, entwendet he daz adder wert is om entwent von sime gesinde unde weder willen, do mag sich der czu czin, deme is entwand was, **unde nicht der, des is waz.**

Läßt man hier vorerst die unterstrichenen Schlußworte weg, so stehen beide Stellen in genauester Uebereinstimmung. Fügt man sie hinzu, so möchte man glauben, daß dem Deponenten unter allen Umständen die Klage abgesprochen würde. Dann aber muß man auch annehmen, daß sich das entwendet he daz auf den Deponenten selbst beziehe und also dem Depositar eine dingliche Klage auf Rückgabe der vom Deponenten entwendeten Sache gestatte. Allein dies giebt keinen Sinn; denn der Depositar hat kein Recht, eine Fortsetzung des Depositum gegen den Willen des Deponenten zu fordern, und — nur dies könnte die gestattete Rückforderung erklären — gegen eine etwaige dolose Klage des letzteren auf nochmalige Herausgabe der Sache ist ersterer hinlänglich geschützt. Er

kann entweder das ganze Depositum leugnen oder beschwören, die Sache sei ihm ohne seine Schuld entwandt — beides mit seinem alleinigen Eide. Wir sind darum genöthigt, jene Schlußworte lediglich auf den Einen Fall zu beziehen, daß die Sache dem Depositar gestohlen wurde, und in ihnen nur den Ausspruch zu finden, daß dann, wenn dem Depositar die dingliche Klage zustehe, sie nicht auch nebenher der Deponent habe. Wir müssen darum ferner annehmen, daß auch nach der Stelle der Distinctionen dem Deponenten troß der Regel: Hand muß Hand wahren, eine dingliche Klage dann zustand, wenn der Depositar selbst veruntreute. Daß aber beide Kläger immer selbdritt bewiesen, dafür bürgt uns der Ausdruck „sich zu der Sache ziehen" hinlänglich.

Hier überall finden wir also, daß es nicht ein bestimmtes Recht an der Sache ist — der Vindikant gestohlener, veruntreuter, verlorener Sachen, der Deponent ist nicht nothwendig der Eigenthümer — sondern der besonders geartete Verlust des Besitzes, der die Klage erzeugt. Darum fragt der Kläger:

nachdem das im die habe gestolen sey, das er beweisen wil, ab er icht mit **besserem** rechten sein gestolen gut wieder erkriegen sulle, dann es jener vor behalden muge? Richtsteig c. 17 (pg. 32 l. 22).

Darum fordert man auch von den Gezeugen speciell das Wissen um die Art und Weise, wie der Besitz verloren ging — Sachsensp. II, 36 §. 4. Dist. IV, c. 9 d. 4 — und diese wurde auch bisweilen in den Eid des Klägers aufgenommen:

daz das phert sin were, do is ome obegestoln adder obegeroubet wart, unde noch sin sy. Dist. IV, c. 42 d. 25. Weichbild a. 134.

Zwar könnte die oft wiederkehrende Vindikationsformel: „daß das Gut **sein** war und sei", Zweifel erregen, ob nicht nur der Eigenthümer vindiciren könne, allein es dürfte das Bisherige die Annahme rechtfertigen, entweder daß diese Formel nur ein häufiges

Beispiel gebe, in anderen Fällen aber anders laute, oder daß man das sein für weit genug hielt, um jedes stärkere Recht an und zu der Sache zu bezeichnen. Für dies letztere spricht insbesondere die Formel, welche die Freiberger Statuten gewähren:

he muz sweren also: Daz daz pfert sin were, e iz im abegeroubet wurde — und noch sin si mit »mererme« rechte, denne anderes imand. Kraut, Grundriß 4. Ausgabe. pg. 230 l. 1.

II. In der zweiten Gruppe von Beispielen tritt aber ein besonderes, bestimmtes Recht, das sich die Parthei an der Sache zuschreibt, deutlich hervor. Dies geschieht entweder auf Seiten des Klägers oder des excipirenden Beklagten.

Das erstere ist der Fall, wenn der Eigenthümer sein Gut, das unter einem Anderen besetzt wurde, herausfordert:

Were en gast emme unsem borghere wat sculdich unde besette de borghere enes anderen gastes gut in deme wane — dat dat gut sin (des Schuldners) were — Wenne he aver queme, so sculde men staden dat he sich to sineme gude tughe, alse recht is, d. h. selbdritt. Gslr. pg. 66 l. 32. Dist. III, c. 4 d. 8.

wenn der Herr seinen eingeborenen Leibeigenen:

Spriet he aver dat he sin ingeboren egen si, he mut ine behalden uppen hilgen mit tven sinen egenen mannen. Sachsensp. III, 32 §. 3.

wenn die Witwe die ihr nach Landrecht gegebene Morgengabe vindicirt, die auch während der Ehe im Eigenthume der Frau war, und darum von dem Manne nicht ohne deren Willen veräußert werden konnte: [34]

Morghengave betüget man mit twen bederven mannen unbesculden an irme rechte, de to der hochtit hebbet

34. cf. Eisenach'sches Rechtsbuch. Ortloff. II, 21.

ghewesen, sunder ghérichte. Gslr. pg. 8 l. 20. pg. 95 l. 1. Dist. I, c. 14 d. 3. IV, c. 47 d. 5.[35]

Und ebenso wie die Morgengabe, so nimmt die Frau auch in Anspruch ihre Gerade:

sie soll sich darzu ziehen selb dritt der nechsten magen. Glosse zu Weichbild a. 23.

und das, was sie zu ihrem Manne einbrachte: Dist. I, c. 5 d. 5. cf. Eisenach'sches Rechtsbuch I, 22.

Von dem Einbringen in einer allgemeineren Bedeutung heißt es ferner:

Brenget ouch eyn man gud, (erbe), adder farende habe, noch sines vaters tode, in der muder ader geswisterede gute — daz he daz bewise mit wissenschaft selbdritte ime lantrecht. Dist. I, c. 20 d. 7 (cf. Ortloff pg. 362).

Endlich bestimmt der Sachsensp. I, 28:

Svat süsgedanes dinges ervelos irstirft, herwede oder erve oder rade — Dit sal de richter halden jar unde dach unvordan unde warden of sik jeman dar to tie mit rechte. cf. Dist. I, c. 20 d. 2.

Allein obwohl hier Sachsenspiegel und Distinctionen den Ausdruck »sich dorczu cziben« gebrauchen, so ist es doch zweifelhaft, ob hier an einen vollen Beweis zu denken ist oder ob nicht vielmehr dem Richter gegenüber, der kein eigenes Interesse an der Sache hat, die blose Bescheinigung der Verwandtschaft, und zwar mit dem alleinigen Eide genügt habe. Denn der Ausdruck der

35. Albrecht diss. II, pg. 29—31 will diese Stellen von der gelobten Morgengabe nach Weichbildrecht verstehen und sie als Ausnahmen von dem Eineide der beklagten Erben, der diesen regelmäßig nach Magdeb. Fragen I, c. 11 d. 1 zukam, betrachten. Allein Dist. 3. cit. spricht ausdrücklich von morgengabe, dy or gegeben ist, und die Parallelstelle im Eisenach'schen Rechtsbuch II, 18 fügt hinzu: noch lantrechte. Auch fahren die Distinctionen in d. 4 so fort: abir in wichbilde der stad — do en ist dez nicht.

Distinctionen: „sich mit rechter mogeschaft dazu ziehen", ist wohl besser dahin zu deuten, daß der Prätendent seine Verwandtschaft nachweisen müsse, als ihn auf zwei zeugende Verwandte zu beziehen.

Häufiger und nothwendiger als beim Kläger trat das besondere Recht an der Sache hervor, wenn der Beklagte eine dingliche Exception vorschützte. Denn diese hatte nur dann Werth, wenn in ihr ein stärkeres als das klägerische Recht behauptet wurde. Aber auch in der Form der Exception bethätigt die dingliche Klage die Regel, daß der Kläger (Excipient) selbdritt zum Beweise gelangt. So wenn der Beklagte Selbsterzeugung:

Sprict aver jene dar weder of it laken is, he hebbe't geworcht laten, of it en perd is oder ve, he hebbe't in sime stalle getogen, he mut it mit mereme rechte behalden jene die it in geweren hevet, of he't selve dridde siner gebure getügen mach. II, 36 §. 3. Richtsteig c. 17 (pg. 32 l. 27). Dist. IV, c. 9 d. 4. Gölr. pg. 100 l. 2. Weichbild (Thüngen) a. 88.

oder Ererbung der Sache behauptet:

Fragt aber der erbe zum ersten: nachdem das er es in gewer hett und seins vorfarenn gewest wer unnd wolt das beweisen als recht wer, ob er es näher zu beweisen wär, wann jener? So findet man. — — so frag, wie er die behalden sulle? so vindet man selbdritt. Richtsteig c. 16 (pg. 29 l. 21. pg. 30 l. 16). S. im Allgemeinen Sachsensp. I, 15 §. 1. Hierher gehört auch die viel behandelte Stelle des Sachsenspiegels III, 4 §. 1:

Sve so weder eschet, dat he vergeven oder verkoft hevet an varender have unde besakt he der köpinge oder gift, jene, die sie under ime hevet, mut sie selve dridde wol behalden, der die't sagen. cf. Richtsteig c. 13 (pg. 23 l. 1—11).

Denn wenn wir gesehen haben, daß die hier genannten obligatorischen Verhältnisse überall da und insoweit es sich um ihre obli-

gatorischen Wirkungen, insbesondere um die Verpflichtung zur Gewährschaft handelt, von dem Beklagten mit dem alleinigen Eide abgeleugnet werden können, so handelt es sich eben hier auch gar nicht um einen obligatorischen Anspruch aus diesen Geschäften. Vielmehr bilden diese nur den entfernten Rechtsgrund, aus dem der Kläger ein selbständiges, dingliches Recht erwarb. Dieses Recht an der Sache macht der Excipient geltend und er stellt es dadurch gegenüber dem Anspruche des Klägers als das stärkere dar, daß er seinen Erwerb von diesem selbst ableitet. Und obwohl die Gezeugen solche sein sollen, die't (d. i. die köpinge oder gift) sagen, so geht doch die Tendenz des Beweises nicht dahin, diese Obligationen als solche, sondern vielmehr mittels ihrer das stärkere Recht an der Sache darzuthun. Dies geht sehr deutlich hervor theils aus den Worten des Sachsenspiegels:

jene mut sie d. i. die fahrende Habe, selve dridde wol behalden,

theils aus der Erklärung der Glosse:

Und dis ist darwider nicht, das man dich mit gezeugen zu einem geweren nicht erkriegen mag, denn du wirst durch das kein gewerer, denn die gewer heisst nicht dein, die ich beweise, das sie vor dein war und das sie nun mein mit recht sei worden.

Somit erscheint dieser Fall nicht als eine Ausnahme von den Beweisregeln im Bereiche des Obligationenrechtes, somit liegt nicht die wunderbare Anomalie vor, daß in demselben Rechtsverhältnisse einmal dem Beklagten der Eid und das andere Mal dem Kläger (Excipienten) das Gezeugniß zustehe, sondern die fragliche Bestimmung giebt einfach die einschlagende Beweisregel des Mobiliarsachenrechtes wieder.

Bemerkenswerth ist endlich der Fall, wenn der Beklagte den dritten Theil gefundener, oder Dieben und Räubern abgejagter Sachen in Anspruch nimmt, indem er sich darauf beruft, daß er

dieselben öffentlich aufgeboten und — gegenüber einem Gerichts-genossen — sechs Wochen unverholen aufbewahrt habe. — cf. Sachsensp. II, 37 §§. 1 u. 2. — Hier wird nämlich bestimmt, daß der Excipient den Beweis »mit zweien piderben mannen« oder »gepawren« führen soll, so zwar, daß er sich gerade auf jene faktischen Umstände richte. Damit finden wir denn auch im Sachenrechte die Regel bestätigt, daß, wenn nach Lage der Sache einzelne faktische Umstände zu erweisen sind, diese nicht in ihrer Isolirtheit betrachtet werden, sondern gleichsam in der höheren Anschauung des durch sie behaupteten Rechtsverhältnisses untergehen und diejenigen Regeln des Beweises eintreten, die dieses beherrschen. Denn auch hier soll ein unmittelbares Recht an den Sachen selbst, das Eigenthum zu einem Drittheil behauptet werden, und es heißt daher:

Wiltu aber das gefunden ader benent g u t w e r e n, so sprich pp. Richtsteig c. 12 (pg. 21 l. 24 ff.). c. 15 (pg. 27 l. 21 ff.).

Ein solches Recht an einer beweglichen Sache wird aber überall und auch hier vom Kläger (Excipienten) selbdritt bewiesen.

§. 21.

Lien — setten — to behaldene dun.

Wir haben in den einzelnen Fällen die Bestätigung der Regel gefunden, daß das Beweisrecht des Klägers mittels Gezeugnisses das Mobiliarsachenrecht beherrsche. Doch hat man geglaubt, diese Art des Beweises auch in das Gebiet des Obligationenrechtes hineintragen zu müssen und zwar auf Grund der viel behandelten Stelle des Sachsenspiegels I, 15:

Sve dem anderen sin varende gut lit oder sat oder to behaldene' dut — — wil's ime jene dar na besaken oder sin erve na sime dode, dese is't nar to behaldene selve dridde,

dan jene al ene dar vor to sverene. — — — — Sculdeget man den man umme dat, des he nicht ne hevet, des untgat he mit siner unseult. Svat man aver under ime bewisen mach, dar vore mut he antwerden ane unscult.

Von den hier genannten Rechtsverhältnissen des lien, to behaldene dun und setten enthält ein jedes ein doppeltes Element. Das eine wird gebildet durch das rein obligatorische Band der Contrahenten, das andere durch das dingliche Recht an der Sache, das Eigenthum, das in der Hand des Deponenten, Verleihers, Verpfänders zurückbleibt. Finden wir nun in diesen Rechtsverhältnissen eine doppelte Art des Beweises: das Gezeugniß des Klägers und den Eid des Beklagten, so scheint es einfach und natürlich, dem einen Elemente die eine, dem anderen die andere Gattung des Beweises zuzuschreiben. Trotzdem ist man allgemein von der Ansicht ausgegangen, daß es sich hier lediglich um die persönliche Klage aus der Obligation handle.[36] So ist man zu dem Satze gelangt, daß innerhalb desselben Rechtsverhältnisses zwei verschiedene Arten des Beweises zulässig seien. Es soll die Obligation des setten, to behaldene dun, lien durch den Zeugenbeweis des Klägers bewiesen werden können in dem Falle, daß der Beklagte die individuell bestimmte Sache besitzt; es soll dieselbe Obligation durch den Eid des Beklagten geleugnet werden können, falls er sich des Besitzes der Sache entäußerte. Allein es scheint diese Ansicht nach allen Seiten hin eine unhaltbare zu sein und zwar räumt sie zunächst dem Besitze innerhalb der Obligation eine durchaus falsche Bedeutung ein.

Offenbar ist das Faktum des Besitzes für die Existenz der genannten Obligationen etwas durchaus Irrelevantes. Die prinzipielle Verpflichtung, die geliehene, deponirte, versetzte Sache

---

36. Albrecht, diss. §. 34. Planck, Zeitschrift X. Note 94 und pg. 248. Stobbe, Obligationsrecht pg. 64.

wieder herauszugeben, ist durchaus unabhängig von dem Umstande, ob die Sache vom Verpflichteten noch besessen wird oder nicht. Vielmehr kann die Frage des Besitzes erst dann in Betracht kommen, wenn über die Existenz der Obligation selbst durch Geständniß oder Beweis kein Zweifel mehr obwaltet und es sich nur darum handelt, ob die individuell bestimmte Sache selbst oder Schadenersatz zu leisten ist. — cf. Sachsensp. III, 47 §. 1. — Wenn man nun aber trotzdem die Art, wie die Existenz dieser Obligationen zu beweisen ist, von dem Besitze des Beklagten abhängig macht, so bestimmt man hier das Beweisrecht und das Beweismittel nach einem Umstande, der für die Existenz der zu beweisenden Rechtsverhältnisse selbst ohne allen Einfluß ist.[87] Ja man macht das Beweisrecht fast gänzlich abhängig von der Willkür des einen Contrahenten, der sich des Besitzes beliebig entäußern kann. Beides ist aber dem Beweissysteme des Sachsenspiegels durchaus fremd und anomal. Denn dieses bewegt sich da, wo das Gerichtszeugniß nicht in Frage kommt, immer und immer innerhalb der Regel, daß das Beweisrecht und mit ihm das Beweismittel sich nach der innern Natur des zu beweisenden Rechtsverhältnisses unabänderlich bestimme.

---

87. Behauptet der Kläger, daß er dem Dorfhirten sein Vieh zur Hut übergeben habe, so kann er dieses obligatorische Verhältniß, gleichgültig, ob das Vieh noch vorhanden oder verloren ist, selbdritt beschwören. Wenn der Hirte behauptet, er habe das Vieh zu Dorfe zurückgebracht (Zahlung), so darf er dies allein beschwören — ausgenommen der Kläger thut sofort dazu und überzeugt ihn mit orkunde tvier manne, daß dies nicht geschehen sei. Ferner steht dem Hirten ein ganz singulärer Eid zu, wodurch, wenn ein Vieh des einen Dorfbewohners das des anderen beschädigt hat, entschieden wird, wessen Vieh dies gethan habe. — Sachsensp. II, 54 §§. 5 u. 6. — Aus diesen singulären Bestimmungen geht hervor, daß der polizeiliche Charakter, der den Rechtsverhältnissen des Hirten zu Grunde liegt, die privatrechtliche Seite des Verhältnisses trübt und darum auch die gewöhnlichen Beweisregeln nicht rein erscheinen läßt. Es kann daher dieser Fall für die Erörterung des regelmäßigen Beweisrechtes nicht benutzt werden.

Dagegen ist von gerade umgekehrter Wirkung die Frage des Besitzes für das Sachenrecht. Gerade weil hier der Anspruch unmittelbar die Sache ergreift, wird für die dingliche Klage der Besitz des Beklagten zur Präjudicialfrage, nicht erst zu einer Frage der Execution. Eine dingliche Klage gegen den Nichtbesitzer ist regelmäßig undenkbar. Nun wird aber in den fraglichen Rechtsverhältnissen die Frage des Besitzes für die eine Art des Beweises als eine präjudicielle dargestellt schon nach den Schlußworten des Sachsenspiegels, noch deutlicher im Richtsteig c. 16 (pg. 29 l. 1—7), am prägnantesten aber in der Glosse zur Sachsenspiegelstelle:

Dieses artikels meinung ist, wo die farende hab noch in der gewehr ist, da mag sie jener, der sie zu behalten thet, selb dritte darinne beweisen. Ist sie aber in der gewehr nicht, jener entgeht des mit seiner unschult.

Unter diesen Umständen drängt sich uns die Ueberzeugung auf, daß es sich hier um eine dingliche Klage handele, und specieller, daß das Gezeugniß des Klägers kraft des zweiten Elementes der genannten Rechtsverhältnisse, kraft des Eigenthumes des Klägers als zulässig erscheine.

Dafür aber, daß es sich trotzdem hier nur um eine persönliche Klage handele, hat man sich weiter auf den Grundsatz berufen: Hand muß Hand wahren, der ja gerade in den fraglichen Rechtsverhältnissen seine volle Wirkung äußere. Allein auch dies entscheidet nicht. Das Wesen der dinglichen Klage, so glaubten wir annehmen zu müssen, besteht lediglich darin, daß der Kläger einen unmittelbaren Anspruch auf eine individuell bestimmte Sache erhebt und zwar ohne Rücksicht auf irgend welches obligatorische Band zwischen sich und dem Beklagten. Es ist erst eine sekundäre Wirkung derjenigen dinglichen Klage, der ein absolutes Recht zu Grunde liegt — eine Wirkung, die freilich regelmäßig nicht ausbleiben kann, daß sie sich nicht blos gegen eine im Voraus be-

stimmte Person, sondern gegen jeden Dritten richtet. Allein es läßt sich sehr wohl denken, daß auch bei dem absolut Berechtigten, also hier beim Eigenthümer, diese Wirkung nicht eintritt. Es läßt sich der Fall sehr wohl denken, daß der Eigenthümer durch einen freiwilligen Akt — wie hier durch Uebertragung auf den Commodatar und Pfandgläubiger — wie die Sache selbst, so sein Eigenthum den Händen einer bestimmten Person anvertraut, ja nach der gesetzlichen Natur gewisser Rechtsverhältnisse — wie hier Commodat, Pfandvertrag und bedingt auch Depositum — in dem Maße anvertrauen muß,[38] daß eine freiwillige oder unfreiwillige Veräußerung der Sache vom Betrauten jenen des unmittelbaren Anspruches an die Sache selbst verlustig macht. Aber diese Verhältnisse bringen es keineswegs mit sich, daß der Eigenthümer, so lange der Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger noch besitzt, gegen diese der dinglichen Klage entbehren müsse. Ja es ist zu behaupten, daß, falls man durch diese Obligationen nicht das Eigenthum als auf den anderen Contrahenten übertragen betrachtet wissen will, auch die Möglichkeit der dinglichen Klage aus dem Eigenthume angenommen werden muß. Denn ein Eigenthum, das nur seinen Schutz einer Obligation verdankt, das nur eine persönliche Klage aus dieser zuläßt, ist kein Eigenthum mehr — man entzieht dem Begriffe das wesentlichste Merkmal: den rechtlichen Anspruch unmittelbar an die Sache selbst.

Wenn wir so in allgemeiner Weise und nach der Natur der Sache das Gezeugniß des Klägers für die dingliche Klage desselben und speciell für die aus dem Eigenthum fließende in Anspruch genommen haben, so sprechen hierfür auch die Quellen in sehr bestimmter Weise:

Der Sachsenspiegel spricht in der angeführten Stelle sehr bezeichnend von

38. Aus demselben politischen Grunde, aus dem das römische Recht die Verjährung erzeugte.

sin varende gut — — — behaldene selve dridde.
Er gebraucht ferner für den aus diesen Rechtsverhältnissen Klagenden den für die dingliche Klage technischen Ausdruck „sich zu der Sache ziehen."

Stirft aver jene — dem man varende have liet oder sat — rechtes dodes oder unrechtes, so tie he sik to sime gude mit rechte jegen den erven oder jegen den richtere, of it an ine geboret. II, 60 §. 2. Ebenso Dist. IV, c. 42 d. 14.
Zwar hat man hier, obwohl Erbe und Richter in ganz gleiche Linie gestellt werden, das Untechnische des Ausdruckes natürlich nur für den Erben behauptet,[39] allein diese Behauptung wird durch die Erklärung der Glosse auf das schlagendste widerlegt:

Das meint er, das es der erb in dem erbgut fand und will es vielleicht für erb halten, so ziehe sich dieser dazu mit zweier manne gezeugen, »das es sein sey.«
Am klarsten tritt aber die dingliche Natur der Klage mit Gezeugniß durch den Umstand an den Tag, daß in den genannten Rechtsverhältnissen der Anfang als möglich erscheint. Dahin zielt der Sachsenspiegel III, 22 §§. 1 und 3:

Sve dem anderen liet en perd oder kledere — Underwinden mut sik ok wol en man sines gudes, svar he't süt, mit rechte, dat man ime mit unrechte voruntbalde over bescedene tiet.
Obwohl nun der Ausdruck underwinden vom Sachsenspiegel auch sonst im engsten Zusammenhange mit dem Anfang gebraucht wird — cf. II, 36 §. 2 — so hat man ihn doch hier untechnisch von der leiblichen Beweisung verstehen wollen.[40] Allein dieser Auffassung widerspricht auf das entschiedenste der Richtsteig in c. 16, in dem er von dem hierfür ganz gleichen Rechtsverhältnisse des

39. Albrecht, Gewere pg. 91.
40. Albrecht, Gewere pg. 89. 90. Budde, diss. cit. pg. 47—50.

»zu behalden geben« spricht. Denn er übersetzt hier die anfänglich gebrauchten Worte:

das sich der seiner habe »unterwandt« (pg. 30 l. 19)

weiter unten mit den technischen Ausdrücken:

das er das dein »angefangenn« hat (pg. 31 l. 10).

Gegen die Statthaftigkeit des Anfanges in diesen Rechtsverhältnissen erklären sich nun allerdings die Goslarischen Statuten:

we dem anderen des sines wat liet mit willen, behalt men ime dat vore, dat ne mach he nicht anevanghen: mer jenen deme he dat lech, dene mut he darumme sculdighen. pg. 82 l. 13. pg. 98 l. 36.

Allein sie gehören zu denjenigen Rechtsquellen, die den Anfang nur bei geraubtem oder gestohlenem Gute zulassen. Eben deshalb sind wir auch genöthigt, den obigen Ausspruch des Sachsenspiegels III, 22 §. 3, wenn wir ihn wörtlich in den Distinctionen: IV, c. 42 d. 16 wiederfinden, hier anders zu verstehen, dahin zwar, daß der Beklagte den Besitz der Sache verheimlichte und sie so zur diebischen machte. Wie aber das Absprechen des Anfanges in diesen Rechtsquellen kein Gegenbeweis gegen die Bestimmungen der anderen ist, so ist es auch für sie selbst kein Absprechen der dinglichen (schlichten) Klage überhaupt.[41]

Es mag schließlich noch bemerkt werden, daß wir zwar überall von der Voraussetzung ausgegangen sind, daß der Kläger Eigenthümer der Sache sei, allein selbst dann, wenn ein Nicht-Eigenthümer lieh, deponirte, versetzte, kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung. Denn da die dingliche Klage überhaupt das relativ stärkere Recht zu einer Sache schützte, so mußte sie auch in einem solchen Falle durchdringen, so lange der Beklagte nicht ein eigenes, von der Uebertragung des Klägers unabhängiges Recht be-

---

41. Vergleiche hier den vorigen Paragraphen.

haupten konnte. Dies scheint der Richtsteig c. 16 zu bestätigen, wenn er sagt:

Sint das die habe — nye wart sein erbe, und er mir es (die Sache) nympt, das ich im gethan hab, als ich's beweisen mag mit hellffenden getzweugen, ab ichs es (die Sache) icht mit getzewgen neher zu behalten sey —? — so findet man (pg. 29 l. 14).

Denn obwohl hier genügend hervorgehoben wird, daß der Kläger nicht eine obligatorische Leistung vom Beklagten verlangt, sondern die Sache behalten will, so stützt er seine dingliche Klage doch nicht sowohl auf sein Eigenthum, als darauf, daß der Beklagte die Sache nur von ihm widerruflich erhalten habe und er also nach geschehenem Widerruf zum Besitze der Sache näher berechtigt sei.

Nach diesem Allen ergiebt sich nun aber als Resultat, daß auch in den Rechtsverhältnissen des lien, to behaldene dun und setten die gefundenen Regeln des Beweisrechtes eine ganz reine Anwendung finden. Ueberall da nämlich, wo der Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger noch besitzt, wo also die dingliche Klage des anderen Contrahenten angestellt werden kann und angestellt wird, gelangt der Kläger mit zwei helfenden Gezeugen zum Beweise. Dann jedoch, wenn der Beklagte nicht mehr besitzt; wenn also nur noch das rein obligatorische Band zwischen den Contrahenten übrig geblieben ist und nur obligatorische Ansprüche erhoben werden können, tritt der Eid des Beklagten ein. Beides in vollständiger Uebereinstimmung mit der regelmäßigen Art und Weise des Beweises im Bereiche des Mobiliarsachenrechtes und des Obligationenrechtes.

§. 22.

Ausnahmen.

Das Lübische Recht (Hach pg. 326) bestimmt:

Welck minsche gud hefft in siner wehre, dat mach he up

den hilligen beholden vor ein pandt offte vor gave offte vor einen koop, so verne also dat nicht anspraken wert vor duffte edder vor roff.

Es stellt hiermit die exceptionelle Regel auf, daß der Beklagte den Grund seines Besitzes und somit das Recht, das er sich an der Sache selbst zuschreibt, dann mit seinem alleinigen Eide erhärten dürfe, wenn der Kläger nicht widerrechtlichen oder doch unfreiwilligen Verlust der Sache ansprechen könne.[42] Wir haben nun die Frage zu erörtern, ob diese Regel auch schon für das Recht des Sachsenspiegels Gültigkeit gehabt habe. Hierbei sind es besonders zwei Stellen, über die Rechenschaft zu geben ist.

Die eine derselben bietet der Sachsenspiegel selbst I, 20 §§. 4. 5. 6:

Blift aver de wedewe na ires mannes dode mit iren kinderen in der kindere gude, dat ire nicht n'is, unde ungesceiden van deme gude, unde nemet ire sone wif bi irme live, stervet ire sone dar na, des sones wif nemet mit mereme rechte ires mannes morgengave unde müsdele unde ire rade an ires mannes gude, dan sin muder, of se irs mannes unde irs selves umbesculdenen were dar an getügen mogen. Bestirft aver de sone in der muder gude, so is't de muder nar to behaldene mit getüge, dan irs sones wedewe. — Morgengave behalt dat wif uppen bilgen, de gewere aver mit getüge.

Der viel behandelte[43] Fall beruht also auf folgender Voraussetzung: Die Witwe des Vaters macht bei dessen Tode ihre Rechte auf Gerade, Mußtheil und Morgengabe nicht geltend, sondern sie bleibt ungeschieden mit ihrem Sohne auf den Gütern sitzen. — cf. ibid. §. 3 und III, 76 §. 1. — Auch dieser Sohn stirbt und

42. Albrecht, diss. II, pg. 10—16. Stobbe pg. 60. 90—92.

43. Albrecht l. c. pg. 14—20. Planck, Zeitschrift f. d. R., X, pg. 268—271. Delbrück, Zeitschr. XIV, p. 238—240. Gerber, Zeitschr. für Civilr. und Proz. XI, pg. 8. Walter, Rechtsgesch. II, §. 494 Note 7 u. die dort Angeführten.

hinterläßt selbst eine Witwe und beide Witwen machen in diesem Zeitpunkte zugleich ihre Rechte auf die genannten Vermögensstücke geltend. Beachten wir nun zunächst, daß die Rechte auf Gerade und Mußtheil gesetzliche, darum also unbestreitbare sind, und ferner den engen Zusammenhang, in den diese Rechte mit der Morgengabe, die nur kraft ausdrücklicher Begabung beansprucht werden kann, gebracht sind, so scheint die Frage, ob den Witwen eine solche Morgengabe wirklich gegeben worden sei, gar nicht bestritten zu sein. Vielmehr handelt es sich lediglich um die Frage, wer berechtigt sei, das an und für sich zugegebene Recht zuerst zur Ausübung zu bringen und die einzelnen Vermögenstheile vorweg zu nehmen. Ueber dieses Vorzugsrecht allein wird entschieden und zwar so, daß es der Schwiegermutter zugeschrieben wird, wenn sie das Eigenthum an den Gütern, auf denen jene Sachen sich befinden, hatte, und umgekehrt, daß es der Tochter gebührt, wenn der Sohn Eigenthümer war und sie selbst den Mitbesitz hatte — ein stärkeres Recht als die blose Gasteswohnung der Mutter. — cf. §. 7 ibid. — Welche Witwe dieses Eigenthum, diese Gewere an den Gütern für sich behauptet, die hat dieses mit Gezeugniß zu erweisen. Ist das geschehen, so ist damit für Gerade und Mußtheil Alles entschieden; denn diese bilden einen Complex von Sachen, der durch ihren Begriff hinlänglich festgestellt ist und der nur einmal aus einer Vermögensmasse entnommen werden kann. Bei der Morgengabe dagegen, obgleich die Begabung im Allgemeinen zugegeben ist, bedarf es noch der Bezeichnung der einzelnen Stücke, mit denen die Witwe im concreten Falle bewidmet worden ist. Diese Bezeichnung geschieht durch den Eid der zur Vorausnahme berechtigten Witwe — einen Eid, den man als einen „bescheinigenden" Specifikationseid bezeichnen mag. Er schneidet offenbar der nachstehenden Witwe nicht das Recht ab, andere nicht beschworene Sachen als zu ihrer Morgengabe gehörig zu vindiciren. — Gewiß aber machen es alle Voraussetzungen dieses Ei-

des klar, daß man diesen Fall nicht benutzen kann, um daraus eine allgemeine Regel, wie die des Lübischen Rechtes, abzuleiten.

Wichtiger ist es daher, wenn man die §§. 3 — 7, die sich in den ältesten Handschriften und insbesondere der Quedlinburger nicht finden, einfach übergeht und nur den überall zu lesenden Satz betrachtet:

Morgengave mut en wif uppen hilgen wol behalden ane tüch. §. 9 ibid.

Will man nun auf Grund des behalden nicht annehmen, der Sachsenspiegel sei auch hier davon ausgegangen, daß die Witwe jene Sachen besitze, so würde damit etwas ganz Singuläres bestimmt sein, was nicht einmal das Lübische Recht kennt, und ein Widerspruch mit solchen Stellen entstehen, die ausdrücklich die Morgengabe mit Gezeugniß vindiciren lassen. Geht man aber umgekehrt von dieser, gewiß richtigen Annahme aus, so finden wir allerdings ausgesprochen, daß der Witwe, falls sie sich im Besitz der fraglichen Sachen befindet, das Recht zustehe, den Rechtsgrund dieses Besitzes mit ihrem alleinigen Eide zu erhärten. Allein daß auch bei dieser Auffassung die allgemeine Gültigkeit der Lübischen Regel aus diesem Falle nicht gefolgert werden könne, ergiebt sich aus der besonderen persönlichen Stellung und der natürlichen Bevorzugung der Witwe, wie es die bewysinge umme len unde liftucht (Homeyer, Sachsensp. II, 1 pg. 365) ausdrücklich lehrt:

unde beredet sus eyn frouwe an orer lyftucht len und were — so is sy sulker lenunge d o r c h s u n d e r l i k e r g u n s t w i l l e n neger to behaldenne, g l i k e r w y s a l s e m o r g e n- g a v e med ores eynes hand uppen hilgen.

Die zweite zu beachtende Stelle bieten die Goslarischen Statuten:

En pant dat en in siner weren heft, dar mach he sine scult up beholden, of he dat mit sineme ede behalte, dat it ime dar vore si to pande ghesat. pg. 68 l. 11. cf. Kulm. R. V, 5.

Aber auch dieser Fall hat seine besonderen Eigenthümlichkeiten, wie wir bereits oben sahen. Denn es sollte das Pfand nach den hier obwaltenden Intentionen der Partheien nicht blos die materielle Sicherheit der Forderung gewährleisten, sondern an erster Stelle ein erleichtertes Beweisrecht verschaffen. Dieser Anforderung wurde man gerecht, indem man das regelmäßig bei der dinglichen Klage (Exception) nothwendige Gezeugniß auf den Eineid reducirte. Somit ist auch dieser Fall, wie der erste, nicht geeignet, über sich selbst hinausgedeutet zu werden und von der allgemeinen Gültigkeit der Lübischen Regel ein triftiges Zeugniß abzulegen.

Noch weniger aber darf man jene Regel wiederfinden wollen [44] in dem Satze des Sachsenspiegels III, 4 §. 1:

Sve so weder eschet, dat he vergeven oder verkoft hevet an varnder habe unde besakt he der koepinge oder der gift, jene, die sie under ime hevet, mut sie selve dridde wol behalden der die't sagen.

durch die Annahme etwa, die Zeugen bewiesen die geschehene Uebergabe der Sache und darauf beschwöre der Beklagte den Erwerbstitel. Denn damit würde man für das Beweisrecht des Sachsenspiegels zwei fremdartige Anomalien statuiren. Die eine, daß hier das Beweisthema sich in zwei unabhängige Theile zerlegte, die andere, daß man hier den Gezeugen für einen gewissen Umstand eine ganz selbständige Beweiskraft zuschriebe. Beides ist aber dem Rechte des Sachsenspiegels fremd. Dürfen wir im Gegentheil die Fassung dieser Stelle für allgemein genug halten, um auch den Fall freiwilliger und zugestandener Uebergabe seiten des Klägers (Commodat, Depositum) darunter zu verstehen, so liefert sie zu dem negativen auch noch den positiven Beweis, daß jene Lübische Regel als eine allgemeine für das Beweisrecht des Sach-

44. So thut Stobbe, Vertragsrecht pg. 66.

senspiegels nicht gegolten habe und daß der Eineid, kraft dessen bewegliche Sachen von deren Besitzer als Morgengabe und Faustpfand erwiesen werden, lediglich als Ausnahme zu betrachten sei.

Wie in diesen Fällen das Beweisrecht des Vindikanten als ein erleichtertes erscheint, so giebt es andere Ausnahmen, in denen es erschwert ist. So soll nach dem Sachsenspiegel III, 32 §. 4 der excipirende Herr seinen Leibeigenen als eingeborenen gegenüber einem anderen vindicirenden Herrn nur selbsieben Gezeugen beweisen können — eine Bestimmung, die sich daraus erklärt, daß der Leibeigene in vielen, wichtigen Beziehungen als Immobilie betrachtet wurde. Z. B. Sachsensp. I, 52 §. 1. Ferner behält nach dem Rechte des Weichbildes a. 57 (Thüngen a. 43) die Frau ihre Morgengabe, »die ir gegeben ist an farender hab«, mit mannen und auch mit weibern, die do gegenwertig waren, da es ir gegeben ward, selb siebend.

2. Immobiliarsachenrecht.

§. 23.

Die Regel.

Das Immobiliarsachenrecht[45] bietet uns wiederum das Beweisrecht des Klägers, aber dadurch unterscheidet es sich vom Mobiliarsachenrechte, daß es verstärkte Garantien, anstatt zweier sechs helfende Gezeugen verlangt. Auch hier lassen sich wiederum die einzelnen Fälle darnach unterscheiden, jenachdem ein bestimmtes dingliches Recht hervorgehoben und behauptet wird oder der Besitz, die gewere, ohne nähere Bestimmung des rechtlichen Besitzgrundes in Frage steht.

Betrachten wir zunächst die letzteren Fälle, so finden wir den unbestimmten Ausdruck: Jemandem »sine gewere afgetügen« —

45. Albrecht, diss. §. 36.

Sachsensp. II, 24 §. 2 — oder wir sehen das Gezeugniß des Klägers dann festgesetzt, wenn der Besitz eines Grundstückes nur eine Präjudicialfrage bildet; sei es nun, daß durch diesen der Beweisvorzug bestimmt werden soll, wie im Streite um die Morgengabe — Sachsensp. I, 24 §. 4:

— of se irs mannes unde irs selves umbesculdenen were dar an getügen mogen. cf. Dist. I, c. 13 d. 2.

oder daß die Parthei durch ihn der Bürgschaftsstellung überhoben sein will, wie im Lehnr. 52:

Svar aver he die gewere an hevet, sin gewere sal sin borge sin of he sie behalt mit getüge jegen den herrn.

Am entschiedensten sprechen aber die Quellen gerade für den Fall, in dem der Besitz ohne nähere Bezeichnung des Rechtsgrundes den eigentlichen Streitpunkt bildet:

Ene blote (»hebbende«) gewere (»dat is dat du de nut dar ut borest«) getüget en man selve sevede unbesculdenen lüden an irme rechte, svie sie sin. Lehnr. 74 §. 2. „Richtsteig Lehnrs. c. 29 §. 7." cf. Lehnr. 38 §. 3.

Gehen wir jetzt zu den Fällen über, in denen das dem Besitze zu Grunde liegende Recht oder das dingliche Recht schlechthin in Frage steht, so mag obenhin erwähnt werden, daß der Sachsenspiegel von das erve getugen gegenüber dem Richter — I, 29 — und bestimmter die Distinction von erbegut czugen mit ingesessen unvorsprochen luten — IV, c. 47 d. 4 — spricht. Bedeutender sind die Bestimmungen über Eigenthum. Hier sagt der Sachsenspiegel II, 44 §. 3:

Sve so an sime lene oder an lifgedinge siner muder oder nichtelen ime egen seget, he mut die egenlike gewere mit ses scepenbaren vrien mannen getugen oder ime wirt dar burst an. cf. Richtsteig c. 25 (pg. 45 l. 25). Dist. I, c. 33 d. 3.

Ferner entscheiden die Magdeburger Schöffen in dem Falle, in

dem der Erbe des Verstorbenen ein Gut in Besitz nahm, die Witwe aber behauptet, es sei ihr verkauft, ohne dafür Gerichtszeugniß zu haben:

so mag sie selb sibende mit frommen leuten gezeugen, das das selbig erb ir vorreicht sey. Magdeb. Fragen I, c. 6 d. 1. Auch eine andere Entscheidung dieser Schöffen, bei der es sich um die Frage handelt, ob der auf einem Grundstück haftende Zins ablösbar sei oder nicht, bietet hier besonderes Interesse:

mag man des zins eigentlichkeit mit gericht nit bezeugen, als recht is und ist der zinsforderer mit dem zins beerbet in hebbender gewere, so mus der zinsman den zins geben oder selbsibende behalden, das der zins abzulösen sei. Wil der zinsforderer des nicht leiden, so mag er und ist neher sein erb eigentlichen were selb sibende an den zins zu behalden. ibid. II, c. 1 d. 4.

Man könnte in diesem Falle sich zu der Auffassung versucht fühlen, daß, wenn die Ablösbarkeit eine blose Nebenverabredung bei der Constituirung des Zinses d. i. bei der Auflassung sei und diese nicht durch das Gericht bewiesen werden könnte, der die Ablösbarkeit Leugnende zum einfachen Eide, wie regelmäßig in Vertragsverhältnissen, gelangen müßte. Allein in Wahrheit handelt es sich gar nicht um irgend welches obligatorische Recht oder Pflicht, sondern um die dem Zinse zu Grunde liegende Gewere. Ist nämlich die dem Zinsnehmer zustehende Gewere blos eine Gewere zu Satzungsrechte, so ist der Zins ablöslich; ist sie zu Eigenthumsrechte, so ist der Zins unablöslich [46]. Behauptet nun hier der Kläger, dem Beklagten stehe nur eine Gewere zu Satzungsrechte zu, ihm selbst also daneben eine solche zu Eigenthum — so hat er eben diese selbsieben zu beweisen. Behauptet umgekehrt der Zinsnehmer, ihm selber stehe die Gewere zu Eigenthum zu, und

46. Albrecht, Gewere pg. 173.

erlangt er nach den einschlagenden Regeln das Beweisrecht, so hat auch er seine Eigenthumsgewere zu beweisen. Daher die Schlußworte: sein erb eigentlichen were an den zins behalten.

Ganz in derselben Weise, wie das volle Eigenthum an einem Grundstücke, werden auch dingliche Rechte an einer fremden Sache bewiesen. Das vorzüglichste Beispiel giebt hier das Lehnrecht. Hier heißt es:

Lenes geweren (dat is dat en gud di vorlegen si) mut man getügen mit ses mannen des herrn. Lehnr. 74 §. 2. Dessen Richtsteig c. 29 §. 7.

Sine eren lenes geweren getügen selve sevede siner manne. Lehnr. 38 §. 1. cf. §. 3. 5 §. 2. 41. Richtsteig Lehnrs. c. 15 §. 8.

Noch andere Beispiele sind:

Hat aber eyn man erbczins gut von eym gotis hausze und bekennet ys ym der herre nicht ader der convent, er mag sein erbczinsgut behalden kegen den herren selbsybende seyner eben genossen und bekennet der herr denselben yres erbszcins nicht, eyn ytzlicher musz yn behalden selbsibende. Weichbild (Thüngen) a. 58. cf. Lehnrecht 13 §. 3. Richtsteig Lehnrs. c. 23 §. 3.

Und welde ymant der vrouwen ir lipgedynge brechin, sy beheldit is wol myt wyben und myt mannen, dy do tzu kegenwortig woren selbsibende. Kulm. Recht IV, 36.

Wenn nun auch hieraus mit genügender Sicherheit hervorgeht, daß das Immobiliarsachenrecht von dem Beweisrechte des Klägers mit 6 helfenden Gezeugen beherrscht ist, so ist doch die Dürftigkeit der Quellenzeugnisse bemerkenswerth. Sie erklärt sich daraus, daß überall da, wo der Kläger sein Recht am Grundstücke auf einen solchen Titel stützte, der die gerichtliche Auflassung voraussetzte, das Gezeugniß nur die subsidiäre, dagegen das ge-

richtliche Zeugniß, wie die leichteste und in der Sache begründete, so auch die prinzipale Beweisart bildete.

§. 24.

Ausnahmen.

Zwei Modifikationen des Beweisrechtes sind für das Immobiliarsachenrecht bemerkenswerth. Beide bilden eine genaue Parallele zu der Modifikation im Mobiliarsachenrecht, indem sie anstatt des Gezeugnisses den Eineid des Klägers (resp. Excipienten) gestatten — falls der Besitz unbezweifelt oder erwiesen ist. Die erste bezieht sich auf den Beweis der rechten Gewere.[47] Sie wird am klarsten dargelegt in Lehnr. 13 §. 1:

Of die herre sinem manne besact gudes, dat die man an sinen geweren hevet ses weken unde en jar na deme dat he it untving, ane des herrn rechte wedersprake; of die man die rechten gewern daran getügen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he al ene uppe'n hilgen unde behalt dat gut ane getüch.

Hierin ist eine doppelte Eigenthümlichkeit enthalten. Die eine besteht darin, daß das Beweisthema: die rechte Lehnsgewere, in zwei selbständige Beweissätze zerlegt wird, während es als ein durchgreifender Grundsatz des Beweissystemes festzuhalten ist, daß das Beweisthema immer nur ein einheitliches sein kann. Der erste Beweissatz wird gebildet durch die Behauptung des jährigen, widerspruchlosen und ruhigen Besitzes, der andere durch die Behauptung der geschehenen Verleihung, so zwar, daß jeder eine besondere Art des Beweises erheischt. Und während das Gezeugniß des Klägers selbsieben für den Besitz der Regel folgt, so bildet der nochmalige und alleinige Eid des Klägers für die Beleihung, d. i.

---

47. Albrecht, diss. II, pg. 19 ff. Planck, Zeitschrift f. d. R. X, pg. 278 bis 280. Homeyer, System des Lehnrechts. pg. 408. 409. 608.

für den rechtlichen Grund seines Besitzes, die andere Eigenthümlichkeit. Denn daß der Eid des Klägers sich gerade auf die Beleihung bezog, geht theils nothwendig aus dem Begriffe der rechten Gewere hervor, theils wird es ausdrücklich bezeugt in dem Stücke von bewysinge umme len unde listucht (Homeyer, Sachsensp. II, 1 pg. 364 o. pg. 365 o.) mit den Worten:

ofte he (der Herr) en (dem Manne) der lenunge versaket und

so is sy (die zu Leibzucht beliehene Frau) sulker lenunge neger to behaldenne.

Anderseits unterliegt es auch keinem Zweifel, daß die Beleihung regelmäßig mit helfenden Lehnsmannen bewiesen werden muß, selbst dann, wenn der Besitz keines Beweises bedarf. Lehnr. 5 §. 2.

Dieselbe Art des Beweises für die rechte Gewere finden wir auch im Landrechte und Weichbilde wieder nach Dist. I, c. 43 d. 2:

Wo eyn man (eyn gud adder) eyn eygen anspricht, »daz iheme mit rechte geeygent ist« und daz jar unde tag gehabt hat in siner gewer ane rechte wedersprache, daz behilt her mit sines eyns hand uf deme stabe, dywile her nicht len unde gewer beluth. Beluth her gewer dy musz her selbsybende behalden; beluth her len, das musz her selbdritte behalden; noch wichbilde und lantrechte.

Denn auch hier scheint der Zusatz »dywile pp.« und »beluth her gewer« die Voraussetzung zu machen, daß entweder der jährige Besitz unbestritten oder durch das regelmäßige Gezeugniß bewiesen sein müsse, bevor der Eid des Klägers über die geschehene Auflassung — daz iheme mit rechte geeygent ist — als zulässig zu erachten ist. Denn daß der Eid des Klägers sich gerade auf die gerichtliche Auflassung als den Rechtsgrund des Besitzes bezog, lehren uns die beiden Eidesformeln in Dist. 3 l. c. und Gslr. pg. 25 l. 33. Zweifelhaft jedoch ist für die Goslarischen Statuten, die in der entsprechenden Parallelstelle — pg. 25 l. 28 —

jenen Zusatz »dywile pp.« und »beluth her gewer pp.« nicht verlauten lassen, ob auch sie stillschweigend den ruhigen, jährigen Besitz als zugestanden oder bewiesen voraussetzen oder ob auch dieser und mithin alle und sämmtliche Erfordernisse der rechten Gewere lediglich durch den Eid des Klägers bewiesen werden konnten. Die Phrase: daz ich dis eygen adder dyt geld ——— habe obir jor und tag in mynen rechten gewaren gehad — in der oben erwähnten Eidesformel, und andere Stadtrechte[48] scheinen zu der letzteren Annahme eines exorbitant leichten Beweises zu führen, der enge Zusammenhang der Goslarischen Statuten und der Distinctionen für die erste, der Regel entsprechendere Annahme zu stimmen.

Zweifelhaft endlich ist jener andere Zusatz der Distinctionenstelle: »beluth her len, daz musz her selbdritte behalden.« Denn sollte damit gesagt sein, daß der Eid des Klägers über die Beleihung im Lehnrechte nicht hinreichend sei, so würde er mit der Lehnrechtsstelle in entschiedenen Widerspruch treten. So mag es hier gestattet sein, den mageren Worten eine Deutung aus einer allerdings entlegenen Rechtsquelle zu verschaffen. War in der Lehnrechtsstelle davon die Rede, daß der Lehnsmann gegenüber seinem Lehnsherrn die rechte Gewere behauptete, so bleibt noch der andere Fall übrig, in dem diese Behauptung einem anderweitigen Ansprecher entgegengestellt wird. Gerade auf diesen Fall bezieht sich eine Stelle in Kaiser Ludwigs Rechtsbuch (ed. Freyberg) a. 201:

Swer umb ain lehen wirt angesprochen, dez er pey nucz und pey gewer gesezzen ist jar und tag und mer an alle recht ansprach, mag dann der, der da angesprochen wirt zwen erber unversprochen man gehaben, die weder tail noch gemain daran habent, so soll er vor dem rechten mit demselben zwaien

48. Verzeichnet bei Planck, Zeitschrift f. d. R. X, pg. 280. Nr. 167.

erzeugen und süllen die sweren, daz in daz wars wizzent sey, daz er des lehens sey gesezzen pey nucz und pey gewer jar und tag ader meer an alle recht ansprach, alz dez landes recht ist; so soll der antworter, der da angesprochen ist umb daz lehen seinen herren nennen und sol daz lehen in seins lehen herren hant bereden, wo halt der herr sey und hat sein lehen damit behabet.

Damit wird also bestimmt, daß der Lehnsmann gegenüber einem klagenden Richtherrn seine ruhige jährige Gewere ausnahmsweise nur selbdritt zu erhärten habe, daß aber für die Lehnsqualität der Gewere, d. i. für den Rechtsgrund derselben, das Bekenntniß des Herrn einzustehen habe. Gerade diese Ausnahmebestimmung scheint es zu sein, die den Distinctionen in jenen Worten vorschwebt.

In unmittelbarem Zusammenhange mit dieser besonderen Beweisart der rechten Gewere berichten uns die Distinctionen noch über einen anderen Fall:

Wel eyner erbegud behalden vor gerichte, daz om angestorben ist, der eyd sal also gen: daz dit gut adder gelth, adder welcherley daz ist, daz on anerstorben ist, daz sol her benemen, met rechte anerstorben ist, unde in myne gewere mit rechte komen ist d. m. g. h. u. a. h. Unde ist wichbilde und lantrecht. Dist. I, c. 43 d. 4.
Ebenso die Goslarischen Statuten pg. 26 l. 1:

— dat dit hus oder dit ghelt (wat he daran heft scal he benoemen) min erve is unde in mine were komen is, als ek des to rechte gheneten scal: d. m. g. pp.

Hieraus geht hervor, daß, falls der Erbe im Besitze eines Immobile ist, er das Recht hat, auf Grund seines unbestrittenen oder bewiesenen Besitzes die Erbqualität, den Rechtsgrund seines Besitzes, mit seinem alleinigen Eide zu erweisen. Daß der Besitz wirk-

lich die Voraussetzung sei, lehrt theils die Fassung der Stellen, theils die Bestimmung, daß der Nichtbesitzer sein Erbgut mit Gezeugniß vindiciren müsse. — Dist. IV, c. 47 d. 4. — Allein trotzdem kann dieser Fall nicht unter die Beweisregel der rechten Gewere subsumirt werden; zunächst weil der vorausgesetzte Besitz nicht Jahr und Tag gewährt haben muß, dann aber auch, weil der Eid ausdrücklich auf den Erwerb durch Erbgang geht, die Erbfolge aber an und für sich keinen Anfangspunkt der rechten Gewere bildet.[49] So müssen wir denn auch diesen Fall als eine besondere Ausnahme des für das Immobiliarsachenrecht geltenden Beweisrechtes betrachten.

IV.

Personen- und Standesrechte.

§. 25.

Würde man für das Beweisrecht der Geburts- und Standesrechte von dem Gesichtspunkte einer allgemeinen Freiheit und Rechtsgleichheit ausgehen, so daß man jede Behauptung einer niedrigeren Stufe und der verminderten Rechtsfähigkeit als eine Negation der vollen Persönlichkeit betrachtete, so würde es wohl in der Consequenz des Beweissystemes liegen, Demjenigen, gegen den dies behauptet würde, den Reinigungseid zuzusprechen. Allein dieser Gesichtspunkt ist für das Beweissystem des Sachsenspiegels unbrauchbar. Einerseits zerfiel das deutsche Volk des Mittelalters in eine Reihe von Ständen, von denen je der niedrigere nicht blos als eine Negation des höheren angesehen werden kann. Jeder Stand vielmehr bildete eine genau umgrenzte Genossenschaft, de-

49. Albrecht, Gewere pg. 105.

ren Gliedern als solchen eine Kette positiver Rechte zustand, verschieden freilich für jeden an Umfang, Art und Würde. Anderseits war aber auch die Behauptung eines gewissen personenrechtlichen Zustandes des leugnenden Gegners nicht blos eine Anfechtung desselben in seinen Rechten, sondern es war auch vielfach die Vorbedingung eines Rechtes der Parthei selbst. So fielen dem Herrn die Lehen heim, falls der Mann sich in das Kloster begab, so erbte der entferntere Verwandte, falls der nähere unehelich war. Und umgekehrt natürlich war das Recht einer Person vielfach abhängig von ihrem eigenen Geburtsstande. So das Erbrecht von der Ehelichkeit und Ebenbürtigkeit. Wenn wir daher im Sachsenspiegel III, 28 §. 1 die Bestimmung finden:

Svenne man unecht seget von bort oder von ammechte, dat mut up ine getügen die't dar seget selve sevede vulkomenen lüden an irme rechte. Doch mut en man sin echt und sin recht bat behalden mit getüge, den man ine mit getüge dar af wisen moge. cf. Gslr. pg. 76 l. 17. Weichbild a. 32.

so darf man darin in doppelter Beziehung eine Anomalie nicht finden. Zunächst nämlich könnte hier das Beweisrecht als schwankend betrachtet werden, wenn man die Echtheit als das einzig relevante Moment annähme. Denn so würde es in dem Belieben des Beklagten stehen, ob er dem Kläger den Beweis der Negative überlassen, oder ob er selbst den der Positive führen wollte. Allein Unechtheit und Echtheit sind zwei positive, selbständige Behauptungen zweier verschiedener Geburtsstände. Die eine hat nothwendig der Kläger, die andere nothwendig der Beklagte zu erweisen. Nur wird zwischen diesen beiden an und für sich begründeten Beweisrechten zu Gunsten des Beklagten entschieden, weil er das stärkere, die klägerische Behauptung kraft Einrede ausschließende Recht behauptet. — Eine zweite scheinbare Anomalie besteht darin, daß dem Kläger das Beweisrecht in Bezug auf einen ihm fremden personenrechtlichen Zustand zugesprochen wird. Allein auch

diese läßt sich unter dem Gesichtspunkte auflösen, daß dieser fremde Zustand die Bedingung eines eigenen Rechtes des Klägers ist. — Und so finden wir denn hier die Regel ausgesprochen, daß Demjenigen, der ein bestimmtes Geburts- oder Standesrecht, sei es das eigene, sei es das eines Anderen, anspricht, um daraus ein Recht für sich selbst abzuleiten, die Befugniß zusteht, dasselbe mit seinem Eide und sechs helfenden Gezeugen zu erweisen. Diese allgemeine Regel wird auch in den weiteren einzelnen Quellenzeugnissen bestätigt.

Gehen wir zunächst von den Fällen aus, in denen Jemand für sein rechtliches Interesse einen bestimmten personenrechtlichen Zustand eines Dritten behauptet, so finden wir hierfür folgende Beispiele:

Der Kläger beweist das Mönchthum Jemandes, wodurch dieser sich alles Lehn- und Landrechtes begab, an den monicken, dar he begeven was oder an seven mannen siner genoten, de ine in den levende hebbet gesien. Sachsensp. I, 25 §. 2. II, 22 §. 3. Gslr. pg. 10 l. 1. Dist. I, c. 19 d. 3.[50]

Er beweist mit vier Mannen und zwei Frauen, daß ein Kind zu früh nach Eingehung der Ehe geboren und also unehelich sei. Dist. I, c. 21 d. 2. Ferner:

Svene men onecht seghet van bort weghene, dat mach up ene tüghen de dat up ene sprict mit der kunscap dar he geboren is selve sevede vulkomener lüde an erme rechte. Gslr. pg. 76 l. 17. cf. l. 12.

Der Lehnsmann wehrt sich der Weisung des Oberherrn, wenn er denjenigen Herrn, an den er gewiesen wird, des niedrigeren Geburtsstandes oder des geniederten Heerschildes selve sevede

50. Die meisten Handschriften lesen in Dist. 3 nicht mit zcwen, sondern mit siben. Ortloff pg. 360.

unbesculdener lüde oder med ses bederven mannen, de to dem herscilde geboren sin, überzeugt. Lehnr. 80 §. 2. Richtstg. Lehnrs. c. 24 §. 10.[51]

Die Mütter bezeugt mit vier Männern, die das Schreien hörten, und zwei Weibern, die ihr in der Geburtsstunde beistanden, die lebensfähige Geburt des Kindes in dessen und im eigenen Interesse. Sachsensp. I, 33. Dist. I, c. 21 d. 1

Die Erben beweisen die echte Geburt ihres Erblassers, um ihn beerben zu können, salbsebinde unvorsprochener lewthe. — Schöffen-U. Böhme VI, pg. 133. 134. —

Nach denselben Regeln beweist aber auch die Parthei ihren eigenen Geburtsstand.

So behält der als Leibeigener Angesprochene seine Freiheit selve sevede — die sine mage sin, dre von vader unde dre von muder. Sachsensp. III, 32 §. 5. Weichbild a. 4.

So beweist der um Kampf Gegrüßte seine Verwandtschaft mit dem Ansprecher, um dem Kampfgerichte zu entgehen, selve sevede. Sachsensp. I, 63 §. 3. Dist. IV, c. 22 d. 6. cf. Weichbild a. 80.

— der Uneheliche, um das väterliche Erbtheil zu behalten, die legitimatio per subsequens matrimonium, selbsobende fruwen unde man, dy doby gewest sint unde dy geethen ordenunge gesen unde gehort haben. Dist. I, c. 5 d. 3.

Ueberhaupt wird in allen den Fällen, in denen die aktive Sachlegitimation durch Erbrecht Gegenstand eines Rechtsstreites ist, dieses Erbrecht mit Gezeugen erwiesen. Wenn daher Jemand die Schuld seines Erblassers einklagen will und gefragt wird:

— ob he H. rechts erbe sey? — und — wie er im daz zu recht wissentlich sulle machen? So vindet man: er sol es be—

---

51. Das Lehnrecht fordert bei der Behauptung der Erniedrigung des Heerschildes nur zwei Gezeugen, allein der Richtsteig hält an der Siebenzahl des Gezeugnisses fest.

weisen selbVII. Richtsteig c. 19 (pg. 34 l. 12). cf. Sachsensp. I, 19 §. 1.

Die Modifikationen, die diesen Theil des Beweissystemes innerhalb der dem Sachsenspiegel zunächst stehenden Rechtsquellen betreffen, sind sehr geringfügige, und sie beziehen sich nicht sowohl auf die Art des Beweises als auf die Zahl der Gezeugen. So halten die Goslarischen Statuten — pg. 13 l. 5 — vier, ja die Magdeb. Fragen — I, c. 9 d. 3 — schon zwei Frauen für genügend, um die lebensfähige Geburt eines Kindes zu erweisen. Auch ist nach Gslr. pg. 76 l. 25 Demjenigen, der sich in eine Gilde oder Einigung aufnehmen lassen will, gnade ghedan, daß er mit blos zwei Biedermännern beschwören darf: dat he echt geboren si von vromen luden.

Diesen Ausnahmen darf man es aber nicht zuzählen, wenn im Lehnrecht die Mündigkeit des Mannes mit dem alleinigen Eide des Kindes oder seines Vormundes oder eines anderen Mannes bewiesen wird — Lehnr. c. 26 §. 3. Richtstg. Lehnrs. c. 24 §. 3 — oder wenn es im Görlitzer Landrechte 38 §. 8 heißt:

Sver des bekennit, daz er vri si, der sol sine vriheit uf den heiligen behaldin, ob iz jener nicht gelouben wil, der ime eines vrien mannis bûze gebin sol; iz ne si daz er die eigenschaft uf in geziugin welle.

Denn im letzteren Falle lehren die unterstrichenen Worte, im ersteren die Phrase: »of die herre nicht ne getrüwen will«, daß es sich wie nicht um einen förmlichen Rechtsstreit bezüglich dieses Punktes, so auch nicht um einen förmlichen, vollkommenen Beweis handelt. Unter denselben Gesichtspunkt fällt es auch, wenn die Erben des Reichsächters — Sachsensp. I, 38 §. 2 — oder Desjenigen, dessen Grundstück Jahr und Tag befrohndet war — ibid. II, 41 §. 2 — sich binnen Jahr und Tag zu ihrem Erbe mit irme ede uppe'n hilgen ziehen sollen, und wenn es heißt:

Czu bewiesunge anirstorbenen erbes darff kein man kei-

ner geczuge. Magdeburger Fragen I, c. 6 d. 1. c. 7 d. 4 u. 5. Schöffen-U. Böhme VI, pg. 91.
Denn in allen diesen Stellen wird die Voraussetzung gemacht, daß der Erbe keinen Gegner habe, der ihm sein Erbrecht bestreitet, sondern daß er nur gegenüber dem Richter seinen Erblasser benenne und den Grad seiner Verwandtschaft beschwöre. So bieten denn diese einzelnen Fälle nichts als Belege für die Regel, daß eine Bescheinigung immer nur mit dem alleinigen Eide geführt werde; sie bilden aber keine Ausnahmen zu der anderen Regel, die wir für den förmlichen Beweis bei Geburts- und Standesrechten fanden. In demselben Augenblicke daher, wo die genannten personenrechtlichen Umstände nicht mehr blos bezweifelt, sondern in einem förmlichen Rechtsstreite geleugnet würden, mußten sie auch selbsieben bewiesen werden. So lehrt uns die Glosse zu Weichbild a. 26 für den Fall, daß der Vormund das Mündigkeitsalter des Kindes bestreitet, um ihm die freie Disposition über sein Vermögen zu schmälern:

so sol das kind komen an seinen vormunden und mit vier seiner magen zween von dem vater und zween von der mutter und mit seinen zweien paten, die sollen dem kind da seine jar bekennen.

Drittes Kapitel.

Die Willkür der Partheien im Beweisrechte.

§. 26.

Wenn ein Rechtsverhältniß in der Weise vor Gericht begründet war, daß dasselbe mit Gerichtszeugniß bewiesen werden konnte, so stand es bis zu einem gewissen Grade[52] in dem Belieben der Parthei, ob sie sich auf dasselbe berufen oder die privaten Beweis-

52. Siehe §. 12.

mittel in Anwendung bringen lassen wollte. So sagen die Distinctionen IV, c. 43 d. 4:

Willekort oder volbort der clager umbe sine schult eynen eyd czu nemen, dornoch mag her keinen gezug (Gerichtszeugniß) dorober getun, sundern he sal den eid bescheidigliehen nemen adder sal on loslassen mit gerichtes loube. cf. Gslr. pg. 79 l. 1.

Sie erkennen damit an, daß der Gläubiger auf sein durch das Gerichtszeugniß an und für sich begründetes Beweisrecht verzichten und seine Forderung dem alleinigen Eide des Beklagten anheimstellen konnte. Nur bestimmen sie, daß, wenn einmal das Beweisurtheil zu Gunsten des Beklagten gesprochen oder dieser gar seinen Eid schon geleistet hatte — d. 5 ibid. —, der Kläger nicht etwa nach dem Gerichtszeugnisse zurückgreifen dürfe. Abgesehen aber von diesem Falle war das Beweisrecht in den verschiedenen Rechtsverhältnissen nach bestimmten unwandelbaren Regeln bestimmt; es war mit dem materiellen Inhalte derselben zu einem homogenen Ganzen verbunden und verwachsen, dergestalt, daß es nicht von der zufälligen Art und Weise des Vorbringens der Partheien, nicht von deren Klugheit oder deren Belieben abhing, wer und wie er zu beweisen habe. Dies ist das recht eigentliche Resultat unserer bisherigen Erörterungen; es wird uns aber auch noch sonst bestätigt. So sagt das Görlitzer Landrecht 37 §. 4b:

Ob auch debein man den andirn schuldigit, daz er ime icht schuldigh si, unde ob er darwider alsus antwerdit: behalde du iz uf den heiligin, ich wil dir iz geldin, der antwerdit ime nach rechte nicht.

Es soll, so heißt es, der Beklagte entweder die Schuld einfach bekennen oder sie eidlich abschwören; aber das ihm gesetzlich zukommende Beweisrecht kann er selbst dann, wenn es ihm vortheilhaft scheint, nicht verändern, nicht den Eid auf den Kläger übertragen. Der Richtsteig ferner eifert gegen die Ansicht, als könne

der Umstand, daß der Kläger sich bei der Schuldklage zum Gezeugnisse erbiete, den Beklagten zur Verstärkung seines Eides mit Gezeugen nöthigen oder gar das Beweisrecht auf den Kläger übertragen. Denn, sagt er:

Auch sol ein itlich man antworten zw itlicher clag, als es recht is und nicht, darnach man geclagt hat. c. 45 (pg. 94 l. 8).

Trotzdem hat aber doch nach und nach in immer größerem Umfange die Anschauung Raum gewonnen, daß auch die Willkür und insbesondere das vertragsmäßige Abkommen der Partheien das Beweisrecht modificiren könne. Schon der Sachsenspiegel bringt hiervon eine Andeutung. Regelmäßig kann nämlich derjenige, der sich als Verkäufer bekennt, sich der Verpflichtung, Gewähr zu leisten, nicht entschlagen:

wende he is dief oder dieves genot, die der kopinge bekant unde der gewere besakt, he ne hebbe sie utgesceiden mit getüge, do he sie verkofte. III, 4 §. 2.

So gewinnt sich also der Verkäufer das sonst unstatthafte Beweisrecht, daß er zur Gewährschaft nicht verpflichtet sei, wenn er beim Abschluß des Kaufes Zeugen hinzuzieht. Gewiß genügte auch nicht sein Eineid, sondern er mußte denselben mit zugezogenen Gezeugen verstärken. Ganz ähnlich ist eine Entscheidung der Distinctionen. Regelmäßig kann der Schuldner mit seinem Eide keine längere Zahlungsfrist gewinnen als ein Jahr:

Er en mac auch der sache nicht lenger tac gewinnen denn ein jar, man muge denne willekur erczugen mit gerichte oder linkaufez luten, da man dy gewonheit heldet. III, c. 13 d. 2. c. 10 d. 5.

Diese vorausgesetzte Gewohnheit findet aber in den Distinctionen selbst schon ungeschmälerte Anerkennung:

Willekor bricht alle recht, daz ist: wo man gebetene geczuge nempt obir eyne sache, dy mit beyder willekor

geschet, unde dy beyde unbetwungen beten geczuge ober sich, wer der sich der geczugen vormisset, daz mus her mit den irczugen, dy von or beyder wegen dorczü-gebeten weren, czwen unvorsprochen mannen. IV, c. 46 d. 14.

Die Wirkung einer solchen Hinzuziehung besteht nun darin:

— ome schult geben, also umbe eyne andere schult (so daß der Beklagte mit dem Eide entgeht), man muchte on denne vorczugen mit likoufes luten, »mit gerichte« adder mit gebeten geczugen von beider willekore. Dist. II, c. 4 d. 5. cf. Magdeburger Schöffenbrief an Goldberg §. 18 (Gaupp pg. 222). Leobschützer Stat. Böhme II, pg. 20 u. 24.

Hierdurch wird denn als Regel aufgestellt, daß, wenn von den Partheien ausdrücklich und vertragsmäßig zum Abschlusse eines Rechtsgeschäftes Zeugen hinzugezogen werden, diejenige Parthei das Beweisrecht gewinnt und das des Gegners bricht, die sich auf das Gezeugniß dieser, aber auch nur dieser Leute bezieht. Es wird also hier kraft eines Vertrages dem Gezeugnisse dieselbe Wirkung beigelegt als dem gerichtlichen Zeugnisse und insbesondere demselben eine stärkere Kraft verliehen als dem Eineide der Parthei; es wird das Beweisrecht und die Beweisart durch die Willkür der Partheien modificirt. Es liegt in der Natur der Sache, daß sich diese Willküren der Partheien hauptsächlich im Obligationenrechte bethätigten, und aus ihrer häufigeren Uebung — so müssen wir annehmen — entsprangen diejenigen Regeln, die das Magdeburgische Recht[53] für den Beweis obligatorischer Rechtsverhältnisse abweichend vom Rechte des Sachsenspiegels aufstellte. Doch bedurfte es immer noch eines großen Sprunges, um auch ungebetenen Zeugen die Kraft gebetener zu erwerben und über-

53. S. §. 47.

haupt den Vorzug, den das Gezeugniß kraft **Vertrages** vor dem alleinigen Eide gewann, zum **gesetzlichen** zu erheben.

Zweiter Abschnitt.

Der Beweisvorzug unter mehreren, sich gegenüberstehenden Beweisrechten.

§. 27.

Allgemeines.

Es bestand — so nahmen wir an — die eigenthümliche Natur des Beweises nach dem Systeme des Sachsenspiegels darin, daß er nicht blos eine Vorbereitung für die Entscheidung des Gerichtes sein sollte, welche die materiellen Ergebnisse der geführten Beweise prüfte und gegeneinander abwog, sondern vielmehr darin, daß der Beweis selbst und unmittelbar die Entscheidung der Sache bewirkte. Darum, standen sich die Behauptung eines Rechtes und dessen Verneinung gegenüber, konnte man nur Einer Parthei das Recht einräumen, ihr Urtheil zum entscheidenden zu erheben. Zwei möglicherweise geführte Beweise würden einen direkten Widerspruch erzeugt haben, der durch eine weltliche Macht keiner Lösung fähig war. Nun kann aber auch der Fall eintreten, daß der Beklagte dem Anspruche des Klägers nicht eine einfache oder motivirte Verneinung, sondern vielmehr ein eigenes und selbständiges Recht entgegensetzt. Doch kann auch eine solche Behauptung immer nur dann von Relevanz sein, wenn sie die Tendenz und Wirkung hat, den Anspruch des Klägers als niemals oder doch wenigstens jetzt nach Entstehung des Gegenrechtes als nicht mehr vorhanden darzuthun. Dem beabsichtigten Erfolge nach stehen also die Behauptung eines Gegenrechtes und die blose Verneinung auf einer Stufe und darum würden auch in diesem Falle die auf beiden Seiten vollführten Beweise ihres Rechtes die gleiche Wirkung eines un-

lösbaren Widerspruches erzeugt haben. Behauptete der Kläger, ihm sei die angesprochene Sache entwendet, der Beklagte, er habe sie selbst erzeugt; jener, ihm stehe volles Eigenthum daran zu, dieser, er habe ein beschränkendes dingliches Recht; sprach Kläger den Beklagten als eigenen Mann, dieser seine Freiheit an — Behauptungen, die immer das Recht selbst, nicht die rechtserzeugenden Thatsachen enthielten — und würden auf beiden Seiten die gestatteten Beweise geführt worden sein — Beweise, denen das Urtheil der Parthei über ihr Recht zu Grunde lag — so hätten die beiderseitig behaupteten Rechte, so unvereinbar sie sein mochten, schlechthin als wahr gelten müssen. Wollte man in solchem Falle das bewiesene und unzweifelhafte Recht der einen Parthei nicht von rein äußerlichen Momenten, wie dem Beklagtsein oder dem Besitze der anderen Parthei, abhängig machen, so wäre überhaupt und im regelmäßigen Verfahren irgend welche endgültige Entscheidung gar nicht möglich gewesen. Vielmehr waren nach der Natur des Beweises in einem und demselben Rechtsstreite zwei ihrem Inhalte nach sich widersprechende, aber auf gleiche Gültigkeit Anspruch machende Entscheidungen gefällt. Sollte daher die eigenthümliche Struktur des Prozesses nicht zerstört werden, nach welcher das Urtheil der Parthei selbst dem Beweise zu Grunde lag und nach welchem dieses durch seine Garantirung im Beweise die letzte Entscheidung des Rechtsstreites unmittelbar erbrachte, so mußte von Anfang an die Möglichkeit eines solchen unlösbaren Widerspruches ausgeschlossen werden, man mußte auch dann, wenn dem behaupteten Rechte des Klägers vom Beklagten die Behauptung eines selbständigen Rechtes entgegengesetzt wurde, daran festhalten, daß nur Eine Parthei zum Beweise gelangen könne. Und so geschah es.

Diese nothwendige Einseitigkeit des Beweises stellt nun aber diejenige Frage, die den weiteren Verlauf unserer Untersuchung bedingt. Wir haben gesehen, wie das Beweisrecht nach festen,

unwandelbaren Regeln über das Beweissystem vertheilt war und wie dasselbe in die genauerste Beziehung zu dem materiellen Inhalte eines jeden Rechtsverhältnisses trat, weil es dessen Durchführbarkeit und Sicherstellung bestimmte. Aus diesen Gründen durfte man annehmen, daß das Beweisrecht mit einem jeden Rechtsverhältnisse von Anfang an in bestimmter Weise verbunden war, und es innerhalb eines solchen selbst dann als existent betrachten, wenn es noch nicht oder niemals zur Action gelangte. Stehen sich daher in einem Rechtsstreite die Behauptungen zweier selbständiger Rechtsverhältnisse in positiver Weise gegenüber, so kann man von dem Gedanken ausgehen, daß an und für sich zwei verschiedene Beweisrechte begründet sind, das eine durch die Behauptung des Klägers, das andere durch das entgegengesetzte Recht des Beklagten. Die geforderte Einseitigkeit des Beweises gebietet nun, daß nur das Eine, durch das Recht der einen oder anderen Parthei begründete Beweisrecht zur Anwendung gelange, dergestalt, daß dadurch das andere gleichsam absorbirt werde. Es fragt sich daher, nach welchem Prinzipe bestimmte das Recht des Sachsenspiegels den Vorzug, welchen das eine Beweisrecht vor dem anderen genießen sollte, welcher der Behauptung des einen Rechtes zu Ungunsten der anderen die letzte Entscheidung in die Hand geben sollte.

§. 28.

Der Vorzug des stärkeren Rechtes.

Der durchgreifende Grundsatz, nach welchem der Vorzug des Beweises unter mehreren an und für sich begründeten Beweisrechten bestimmt wurde, ist der: daß die Behauptung desjenigen Rechtes den Beweisvorzug errang, das nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes stark genug war, um den entgegengesetzten Anspruch, den die andere Parthei aus der Behauptung eines an-

deren selbständigen Rechtsverhältnisses für sich ableitete, zu überwinden und als nicht statthaft darzustellen.[54]

Eine einfache Anwendung findet dieser Grundsatz in allen obligatorischen Rechtsverhältnissen. Macht der Kläger auf Grund eines solchen einen Anspruch gegen den Beklagten geltend und behauptet dieser einen späteren Vertrag, durch den er seiner Verpflichtung überhoben worden sei, so wird dieser das Recht des Klägers ausschließende Vertrag zum Beweise ausgesetzt. So der behauptete vertragsmäßige Erlaß gegenüber der Klage aus der Bürgschaft. — Richtstg. c.8 (pg. 17 l. 9). — Ebenso einfach ist die Anwendung des Grundsatzes bei Geburts- und Standesrechten. Leitet der Kläger aus einem niederen Geburtsstande des Beklagten einen bestimmten Anspruch her und spricht dieser sich ein höheres Recht zu, mit welchem jener Anspruch unvereinbar ist, so erlangt er den Beweisvorzug für das höhere Recht. Wird daher Jemand als Leibeigener vindicirt:

Mach aver jene selve sevede sine vri behalden die sine mage sin, dre von vader unde dre von muder, he behalt sin vri unde verleget ir aller tüch. Sachsensp. III, 32 §. 5. Weichbild a. 4.

oder beschuldigt man Jemand unechter Geburt:

Doch mut en man sin echt unde sin recht bat behalden mit getüge, dan man ine mit getüge dar af wisen moge. Sachsensp. III, 28 §. 1. Böhme, Schöffen-U. VI, pg. 133. 134. Gslr. pg. 76 l. 19.

Eine Ausnahme von dieser Regel bietet uns das Lehnrecht. Wei-

54. Unsere Aufgabe ist es allein, nachzuweisen, daß dieser Grundsatz das Beweisrecht bestimme, und seine prozessualische Behandlung darzulegen. Die nähere Begründung desselben, die Frage, welche rechtliche Wirkungen ein Rechtsverhältniß auf das andere habe und welches darum als das stärkere gelten müsse, ist aus dem Rechtssysteme überhaupt und aus der Natur des einzelnen Rechtes zu entwickeln; sie gehört dem materiellen Rechte an.

ſet nämlich der Oberherr ſeinen Aftervaſallen an einen ſolchen Herrn, der dem früheren Herrn an Geburtsſtand oder Heerſchild unebenbürtig iſt, ſo erlangt der Aftervaſall den Beweisvorzug für ſeine Behauptung, obwohl der Unterherr ſich zum Beweiſe ſeiner Ebenbürtigkeit erbietet. — Lehnr. c. 80 §§. 2. 3. Richtſtg. c. 24 §§. 9. 10. — Als Grund hierfür wird angegeben:

wende die man mut bat sik selven unde sin gut dem herren mit getüge untbreken, denne die herre mute ine unde sin gut under sik tien mit sime getüge. §. 3 cit.

Doch iſt zu bemerken, daß hier der Beweis des ſchlechtern Rechtes nicht ſowohl gegen den damit Beſchuldigten, als vielmehr gegen den Oberherrn geführt wird und daß der Vaſall daraus einen Anſpruch nur gegen dieſen, ſei es auf erneuerte Weiſung, ſei es auf Selbſtbeleihung, ableitet. Lehnr. l. c. §. 4. Richtſtg. l. c. §. 11.

Reichhaltiger und verwickelter ſind die Combinationen, welche die Anwendung jenes Grundſatzes im Gebiete des Sachenrechtes, ſowohl dem der Immobilien als dem der Mobilien erzeugt.[55]

---

55. An dieſer Stelle muß eine Kritik der Anſicht ſtattfinden, die in neueſter Zeit Delbrück über den Begriff der Gewere aufgeſtellt hat: Zeitſchrift für deutſches Recht XIV, pg. 216—241, und Die dingliche Klage des deutſchen Rechtes. Leipzig, 1857. Nach ſeiner Anſicht iſt die Gewere lediglich ein prozeſſualiſches Inſtitut. „Dasjenige Element, welches in der Gewere rechtlicher Natur zu ſein ſcheint, gehört lediglich dem Prozeſſe an.“ (Zeitſchrift pg. 210. D. Kl. pg. 70). Verſtändigen wir uns zunächſt über den Begriff eines prozeſſualiſchen Inſtitutes. Ein ſolches iſt nie etwas Selbſtändiges, weder ſeinem Weſen nach, denn es iſt bedingt durch ein materielles Recht, das durch daſſelbe in beſonderer Weiſe behandelt werden ſoll, noch ſeinem Zwecke nach, denn es ſoll nur ein materielles Recht zu allgemeiner Anerkennung und Geltung bringen. Ein prozeſſualiſches Inſtitut kann daher immer nur ein Inbegriff von Regeln oder Formen ſein, gemäß denen ein materielles Recht vor Gericht zur Geltung gebracht wird. Delbrück ſtellt nun vier verſchiedene Arten der Gewere auf, ſo daß die eine immer eine Gradation der anderen, die folgende eine relativ höhere Stufe als die vorhergehende iſt: 1) die faktiſche Gewere; 2) die ältere Gewere; 3) die ſtärkere Gewere; 4) die Gewere, die im Verhältniß zu einer anderen gleich ſtark,

I. Betrachten wir zunächst das Immobiliarsachenrecht, so wird hier die größere Stärke einer Rechtsbehauptung gegenüber der an=

---

aber mit der faktischen Gewere verbunden ist. (D. Kl. pg. 37—40). Da ihm nun die Grundbedeutung der Gewere thatsächlicher Besitz ist, so sind diese verschiedenen Qualifikationen derselben an und für sich gewiß rein materieller Natur. Dadurch aber sucht er sie als lediglich von prozessualischer Natur darzustellen, daß er behauptet, die Gewere sei die Grundlage des Beweisrechtes auf dem Gebiete des Eigenthumsschutzes. (D. Kl. pg. 36.) Sein Gedankengang beruht dabei auf folgenden Gliederungen:

1) Der juristische Grund der dinglichen Klage ist immer (natürlich sofern die Sache in ihrer Totalität gefordert wird) das Eigenthum des Klägers. Wenn er dies übrigens hauptsächlich auf die Ausführungen von Bruns: Das Recht des Besitzes (pg. 285—341), stützt, so genügt dies nicht. Bruns will nur beweisen, daß das germanische Recht ein Klagrecht von rein possessorischem Charakter im präcisen Sinne des römischen Rechtes nicht kenne. Er hat aber auch nicht mehr bewiesen und insbesondere die juristische Natur der germanischen petitorischen Klage nicht erschöpft.

2) Die Durchführbarkeit der dinglichen Klage und also der ganze Schutz des Eigenthumes beruht auf dem Beweisrechte. Dieses Beweisrecht nun aber bestimmt sich durch die Gewere, so daß diejenige Parthei immer das Beweisrecht gewinnt, die eine ihrer Qualifikation nach höhere Gewere für sich behauptet. (D. Kl. §§. 7—10.)

3) Ist nach diesem Grundsatze der einen Parthei das Beweisrecht zugesprochen worden, so geht der Beweis nicht etwa auf die so oder so qualificirte Gewere, sondern immer ist Regel: „daß das Eigenthum schlechthin beschworen wird." (D. Kl. pg. 73 und sonst.)

Der erste und dritte Punkt fallen hierbei offenbar zusammen, denn das Klagfundament ist im Stadium des Beweises eben das Beweisthema, ist nach geführtem Beweise anerkanntes materielles Recht. Man kann daher, so viel ich verstehe, die Meinung Delbrücks dahin präcisiren: Beweisthema ist das Eigenthum, das Recht zum Beweise aber richtet sich nach hiervon unabhängigen Rücksichten, nämlich nach den Behauptungen der so oder so qualificirten Gewere. Das ist gerade der Punkt, an dem eine Widerlegung, wie mir scheint, am leichtesten bewerkstelligt werden kann, durch den Satz nämlich, daß das Beweisthema genau dieselbe rechtliche Behauptung enthält, auf die hin die Parthei das Beweisrecht erlangt. Schon die Gegenüberstellung beider Ansichten scheint mir für die letztere zu sprechen, weil das Einfache immer vor dem Complicirten den Vorzug verdient. Diesen Eindruck macht mir auch jede beliebige Stelle des Richtsteiges; ich finde nirgends eine Andeutung, daß im Hintergrunde stets zwei

deren bestimmt, theils nach der inneren juristischen Natur dieser Behauptungen (1), theils durch das äußerliche Moment des Be-

Behauptungen des Eigenthumes stünden, vielmehr will jede Parthei immer nur die bessere Rechtsbehauptung beweisen, die ihr zum Beweisrechte verhelfen soll. Insbesondere sprechen hierfür aber die Eidesformeln:

daz das phert sin were, do is ome abegestolen adder abegeroubet wart, unde noch sin sy;

daz her das pferd von jugend geczogen habe und das es noch sin si;

dat dit hus oder dit gheld min erve is und in mine were komen is, als ek des to rechte gheneten sol;

daß man gekauft, geschenkt erhalten habe. S. die Eidesformeln in §. 5 und §. 20. I, und für das ältere Recht die Eidesformeln bei Bruns pg. 288 — 290. 292 u. 293. Denn alle diese unterstrichenen Zusätze haben keine Bedeutung, wenn der Beweisführer schlechthin sein absolutes Eigenthum beschwört. Sie gewinnen erst dadurch Sinn, wenn sie die Auslegung erhalten: Ich darf die Sache darum als die meinige in Anspruch nehmen, „weil" und „insofern" sie mir gestohlen wurde, ich sie erbte, kaufte, geschenkt erhielt. Sie enthalten also nicht das absolute Recht des Eigenthumes, sondern das relativ bessere Recht zur Sache. In dieser Weise ist es auch zu verstehen, wenn die Eidesformel einfach lautet, daß die Sache sein sei. Dies scheint mir mit Gewißheit aus folgenden Stellen hervorzugehen:

sweren, daz daz pfert sin were — unde noch si mit mererme rechte, denne anderes imandes. Freiberger Stadtr. (Kraut pg. 230 l. 4).

sweren, — das dy selbe habe seyn vor gewesen sey und noch billicher sey denn yemant anderes. Bamberger Stadtr. 440.

Merkwürdigerweise giebt das Delbrück auch ohne weiteres zu: „Wenn der Kläger oder der Beklagte schwor, daß die Sache sein sei, so dachte Niemand dabei an das absolute Eigenthumsrecht, dessen Erwerbsart nach bestimmten Regeln hätte feststehen müssen —, man meinte damit nur, daß dem Schwörenden ein Recht zustehe, die Sache zu besitzen, und zwar ein besseres, als der Gegentheil in Anspruch nehmen kann. Die Klage konnte auch von Jemand angestellt werden, der gar nicht behauptete, der wahre Eigenthümer zu sein, wenn er nur überzeugt war, besser als der Beklagte zum Besitze der Sache berechtigt zu sein. Daher die Klage des Commodatar rc." (pg. 74). Ich sage merkwürdigerweise. Denn ich vermag nicht einzusehen, wie das mit seinen sonstigen Behauptungen stimmt, daß Grund der dinglichen Klage das Eigenthum sei. Ich vermag ferner nicht einzusehen, was die Gliederung der Berechtigungen zu einer Sache nach dem Prinzipe der Relativität anderes sei, als das, was Delbrück ältere, stärkere und

sitzes (2), theils endlich durch eine positive Rechtsregel, welche unter zwei an und für sich gleich starken Behauptungen unter gewissen Umständen die eine für die stärkere erklärt (3).

1) Ein Beispiel, wie sich das relative Ueberwiegen der einen Rechtsbehauptung über die andere nach der inneren juristischen

---

die bei gleich starken Geweren jüngere Gewere nennt. (Auch die letztere Gewere ist eine relativ stärkere Berechtigung zur Sache, allerdings nicht der inneren Berechtigung, sondern des daraus hergeleiteten Anspruches halber; bei gleicher Berechtigung ist der Anspruch, den Rechtszustand unverändert zu lassen, den der Besitzer erhebt, besser berechtigt, als der klägerische einer Veränderung.) Ist es also das bessere Recht als solches, nicht als Eigenthum, so ist es eben auch die nach Delbrück so oder so qualificirte Gewere, die den Inhalt des Beweisthema bildet. Der Inhalt desselben muß aber nothwendig ein materielles Rechtsverhältniß sein, dieses ist auch die Delbrück'sche Gewere. Das Prinzip der Relativität ist nicht lediglich ein Grundsatz des Prozesses. Das bessere Recht, obgleich es so bezeichnet eine Vergleichung, die regelmäßig im Prozesse geschieht, voraussetzt, hat doch, abgesehen vom Prozesse, und gewinnt durch den Durchgang durch den Prozeß eine anerkannte, selbständige, d. h. materielle Bedeutung; eine solche hat nicht allein das Eigenthum. Es müssen daher Regeln des materiellen Rechtes sein, welche die verschiedenen möglichen und rechtlich anerkannten Verhältnisse zu einer Sache und die größere oder geringere Stärke eines solchen Rechtsverhältnisses bezüglich eines anderen bestimmen. Damit wird gleichzeitig zugegeben, daß der Schutz des Eigenthumes nicht ein einfacher und direkter war, sondern daß dieser regelmäßig vermittelt wurde durch den Beweis anderer Rechtsverhältnisse zur Sache, insofern diese stärker waren als die des Gegners, und insofern durch ihren Beweis entschieden wurde, wer unter den Partheien als zur Sache berechtigt anerkannt wurde. Aber von prozessualischer Bedeutung scheint mir an dem, was Delbrück Gewere nennt, nichts zu sein, als daß auch hierbei der allgemeine, nicht blos im Sachenrecht herrschende Grundsatz gegolten habe, daß die Behauptung desjenigen Rechtsverhältnisses den Beweisvorzug erringe, das nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes stark genug war, um den entgegengesetzten Anspruch aus dem von der Gegenparthei behaupteten Rechtsverhältnisse zu überwinden und als nicht statthaft darzustellen. — Schließlich bemerke ich, daß mir das Verständniß der Delbrück'schen Ansicht sehr schwer wurde, daß ich nach meiner Auffassung (besonders in der Zeitschrift, die ich darum wenig berührt habe) auf Widersprüche stieß, die mich Mißverständnisse fürchten lassen. Ich glaube oder hoffe, daß dies nicht ganz ohne Schuld des ausgezeichneten Mannes geschah.

Natur derselben bestimmt, bietet uns zunächst der Richtsteig in c. 26. Hier klagt der Kläger: das er (Beklagter) sich hab unterwünden deines eigens ader guts — pg. 46 l. 8. — Der Beklagte will dagegen auf Grund der Behauptung: »das ich das gut in meinen habenden gewerenn hab« zum Beweisvorzuge gelangen. Allein es ist klar, daß in dieser Behauptung des Besitzes schlechthin durchaus nichts liegt, was den Anspruch des Klägers auf Grund unfreiwilligen Verlustes seines Gutes ausschlösse; eine solche Ausschließung kann offenbar nur dann stattfinden, wenn der Beklagte einen Erwerbungsgrund des Gutes zu behaupten vermag, der ihm ein von dem Verluste des Klägers unabhängiges Recht verschaffte. Daher ist der Beklagte zu der näheren Angabe genöthigt: wie das gut in sein gewer kummen sey — (pg. 47 l. 9—16).[56] — Spricht nun dieser, er habe das Gut gekauft, so soll doch der Kläger, der an demselben Grundstücke Erbgut behauptet, im Beweise vorgehen:

Erft egen mut ok en man bat behalden, den en ander gekoft egen oder gegeven. Sachsensp. II, 43 §. 2. Richtsteig l. c. pg. 47 l. 17. Dist. I, c. 33 d. 2.

Wollte man annehmen, daß diese Bestimmung der Behauptung von Erbgut schlechthin den Beweisvorzug einräumte, so würden hierdurch dem Beklagten in höchst auffallender Weise seine Vertheidigungsmittel abgeschnitten. Denn wenn er Kauf oder Gabe des Gutes behauptet, so behauptet er damit, daß ihm dasselbe Recht zustehe als seinem Gewährsmann; dieses Recht des Gewährsmannes kann aber ein eben so starkes, ja vielleicht ein stärkeres sein, wenn er sich auf freiwillige Veräußerung seiten des Klägers selbst berufen könnte. Nur in dem einen Falle

56. Die Worte: So vünt men, du südste des naerre auf l. 12 sind zu streichen. S. Unger Note 12 ibid. und Delbrück, Zeitschrift f. d. R. XIV, pg. 226 Note 22.

würde sich die Behauptung von Erbgut sofort als die stärkere erweisen, wenn Beklagter das Grundstück von dem verstorbenen Erblasser des Klägers verkauft oder geschenkt erhielt und dieser sich auf die Unrechtmäßigkeit der Veräußerung berief. In jedem anderen Falle aber müssen wir annehmen, daß Beklagter bei jener Behauptung sich auf seinen Gewährsmann ziehen durfte und daß der Kläger erst dann zum Beweise gelangte, wenn der Gewährsmann an der Sache nicht ein gleich starkes Recht behaupten konnte, oder wenn er seine Hülfe ganz versagte. Von dieser Voraussetzung geht auch die Glosse zu jener Stelle des Sachsenspiegels aus, wenn sie sagt:

Und aber der keuffer mag an einem gut nicht mehr bereden, denn das er sich an seinen gewęren ziehe.

und ebenso die Goslarischen Statuten — pg. 28 l. 7 —

We enne weren vore bringhet an ervegude, dat under eme gheanspraket is, ne mach ine de nicht ghewęren, dar umme mot he de unrechten were buten unde wetten: so sprict de kleghere sin ervegut vor bat an. cf. Dist. I, c. 46 d. 8.

Dafür spricht endlich auch noch das Weichbild a. 69, welches selbst dann den Beklagten zum Ziehen auf den Gewehren verpflichtet, wenn er am gekauften und gegebenen Gute rechte Gewere behauptet, und dem Kläger erst dann den Beweis des Erbgutes verstattet, wenn an dem Gewehren Bruch ward.[57]

Noch belehrender als diese Stelle des Richtsteiges ist die große Reihe immer sich verstärkender und überbietender Rechtsbehauptungen, welche das Lehnrecht aufstellt, um die Frage des Beweisvorzuges zu entscheiden. Streiten sich nämlich zwei Mannen desselben Herrn um Lehngut, so daß jeder von beiden sich Lehnrecht an demselben Gute zusagt, so soll derjenige das Beweisrecht er-

57. S. Delbrück l. c. pg. 229—231.

langen, der die frühere Belehnung anspricht. — Lehnr. 7 §. 4. Richtsteig Lehnrs. c. 29 §§. 1 u. 6. — Stellt aber der eine die Behauptung rechter Gewere auf, so ist dieser; behaupten beide rechte Gewere, so ist Derjenige zum Beweise näher, der den älteren Anfangspunkt der Gewere ansprechen kann, sei es, weil er früher den Zins vom Lehngute einnahm — Richtsteig l. c. §. 2 — oder, wenn dies nicht entscheidet, weil er sonst früher »an deme lene were.« — ibid. §. 3. — Sind endlich beide Geweren gleich alt, so soll Derjenige im Beweise vorgehen, der die frühere Einweisung behauptet. — ibid. §. 4. — Und wie hier die Behauptung rechter Gewere den Beweisvorzug erringt, wenn zwei Mannen desselben Herrn streiten, so erlangt sie ihn auch dann, wenn der Mann gegenüber dem Herrn Lehnrecht, während dieser sein unbeschränktes Recht an dem Gute behauptet. — Lehnr. 13 §. 1. — Ja wenn die rechte Gewere gerade dasjenige Rechtsverhältniß zu einer unbeweglichen Sache bezeichnet, welches jede mit dessen Rechtsgrunde unvereinbare dingliche Klage ausschließt, so muß die Behauptung derselben von der allgemeinsten und durchgreifendsten Bedeutung für den Beweisvorzug sein, sie muß Demjenigen unbedingt das Beweisrecht sichern, der sich darauf berufen kann. In diesem Sinne sprechen denn auch die Quellen in sehr bestimmter Weise:

Svie so die rechten geweren an eneme gude hevet, die sal't mit mereme rechte behalden denne jene, die der rechten gewere darvet. Lehnr. 37 §. 3.

Swaz so ein man gibt in gehegitim dinge, besiczt er domite jar und tak ane imandis widersprache — des ist er nehir czu behaldene —, dan iz im imand inpfurin muge. Magdeb. R. (Böhme I, pg. 22).

Trotz dieser Bestimmungen scheint es fraglich, ob das Beweisrecht, welches die Parthei auf Grund der rechten Gewere erwirbt, ein ganz selbständiges ist, oder ob auch hier ein Ziehen auf den

Geweren stattfinden müsse. Letzterem widerspricht zwar das »sui warandus erit« des Soester Rechtes und die Regel, daß die Verpflichtung zur Gewährschaft an veräußerten Grundstücken nur bis zur Entstehung rechter Gewere, Jahr und Tag bestehe. — Sachsensp. III, 83 §. 2. Dist. II, c. 1 d. 1. — Daher denn auch die Goslarischen Statuten — pg. 25 l. 28 — und die Distinctionen — I, c. 43 d. 2 u. 3 — dem Inhaber der rechten Gewere das Beweisrecht zusprechen, ohne auch nur die Möglichkeit des Hereinziehens des Geweren anzudeuten. Allein trotzdem lautet a. 69 des Weichbildes:

Beclaget ein mann den andern umb gut binnen weichbild, das es sein recht erb und in angeerbet sey von seinem vater und seinem grosvater und im das jener vorhalt mit unrechter gewalt. Kommt denn jener für, auff den die klag gehet und spricht, das das gut sein rechts zinsgut sey und hab des auch einen rechten geweren und hab die gewer des guts gehabt jar und tag on jemandes rechte ansprach, er mus den geweren benennen und bringen zu dem nechsten ding, das er in vertret. Beweist »er« mit dem gewerer sein zinsgut daran (ob er des gewert wirt als recht ist) er bleibt darbey. Wirt im aber gebruch an dem gewerer, so behalt jener seine eigenthümliche gewere an dem gute. Wann ein jeglicher man mag bas sein eigenthümliche gewer behalten an eim gut mit gezeugen, denn das ein ander ein gegeben oder gekaufft eigen oder zinsgut daran behalten mög. cf. Görlitzer Recht a. 35. (Gaupp, Magdeb. R. 283).

Hier wird also ausdrücklich bestimmt, daß der Beklagte auch dann, wenn er sich auf rechte Gewere beruft, seinen Geweren stellen müsse. Regelmäßig bestand nun aber die Verpflichtung des Geweren nicht sowohl darin, daß er in dem zu führenden Prozesse nur seine Hülfe bot, mehr oder minder sich passiv verhaltend, son-

dern vielmehr gerade darin, daß er anstatt des ursprünglich Beklagten den Prozeß selbst übernahm; er mußte in ganz selbständiger Weise die Behauptungen des ihm zuständigen Rechtes vorbringen, er mußte für sich selbst das Beweisrecht gewinnen und den verstatteten Beweis selbst führen. cf. Schwabensp. Laßberg a. 207. Dagegen scheint in dieser Stelle und bei der rechten Gewere von einer solchen Verpflichtung nicht die Rede zu sein. Es heißt ausdrücklich: »beweist er mit dem gewerer«, d. h. der Beklagte übt selbst kraft rechter Gewere sein Beweisrecht aus, der Gewere spielt nur eine passive Rolle, indem er sich als Verleiher des Zinsrechtes, Verkäufer oder Schenker bekennt. Diese Anerkennung raubt also der rechten Gewere durchaus nicht den Charakter des selbständigen Vertheidigungsrechtes, ja sie scheint nach natürlicher Anschauung geboten, theils weil die rechte Gewere immer auf Auflassung, also auf einem abgeleiteten Titel beruht und daher ohne jene Anerkennung gleichsam in der Luft schwebte, theils weil dadurch dem Kläger die Möglichkeit wurde, sich wegen seines behaupteten, ihm vielleicht widerrechtlich entrissenen Eigenthumes an einen Anderen, dem keine rechte Gewere entstehen konnte, zu halten.

Von demselben Gedankengange geht wohl auch der Sachsenspiegel aus für den Fall, daß sich zwei Vasallen, die sich verschiedenen Herren zusagen, um Lehngut streiten:

Hevet aver ir en ene rechte were an deme gude jar und dach gehat ane rechte wedersprake, he ne verlûset dar mede nicht, of ime sin gewere afweke dut to rechter werscap, deste he't selve vor sta na sime rechte. Sachsensp. II, 42 §. 2. cf. Richtsteig c. 27 (pg. 48 l. 15—26).

Denn hier wird durch die unterstrichenen Worte die Voraussetzung gemacht, daß selbst bei rechter Gewere ein Ziehen auf den Geweren stattfinden solle. Nur potenzirt der Sachsenspiegel die Selbständigkeit der rechten Gewere dahin, daß er die geforderte Anerkennung des Geweren nur als etwas Wünschenswerthes und

Formelles betrachtet, was dem Rechte des Beklagten nicht präjudicirt, während das Weichbildrecht der versagten Anerkennung die Kraft beilegt, die rechtliche Wirkung der rechten Gewere und das Beweisrecht des Beklagten aufzuheben.[58]

2) Wenn wir bisher gesehen, wie das seinem Entstehungsgrunde oder überhaupt seiner rechtlichen Natur nach stärkere Recht den Beweisvorzug erringt, so fragt es sich, wie dieser bestimmt wird, wenn beide Partheien sich ein gleichstarkes Recht zusagen, der Beklagte aber besitzt. Es kann kaum zweifelhaft sein, daß hier der Besitzer das Beweisrecht erlangt. Denn da das Recht des Klägers entschieden nicht stark genug ist, um die Behauptung des Gegenrechtes zu überwinden, und da der Kläger eine Veränderung des bestehenden Zustandes will, während der beklagte Besitzer nur die ruhige Aufrechthaltung anspricht, so muß der letztere Anspruch als der stärker berechtigte erscheinen. So entscheiden denn auch die Quellen. Wenn daher zwei Vasallen desselben Herrn Lehnrecht an demselben Gute sich zusprechen, so geht der Besitzer im Beweise vor — Richtsteig Lehnr. 29 §. 1. — Behauptet gegenüber der anderen Eigenthum beanspruchenden Parthei die Frau, ihr stehe an ihrem Leibgedinge, der Vasall, ihm stehe an seinem Lehne Eigenthum zu, so haben diese letzteren als Besitzer den Beweisvorzug. — Sachsensp. II, 44 §. 3.[59] — Dies bestätigt auch ein Magdeburger Schöffenurtheil über einen Rechtsfall, in dem der Kläger die Ablösbarkeit des auf einem Grundstück haftenden Zinses, der Beklagte die Unablösbarkeit desselben behauptet. Beide behaupten damit eine Gewere zu Eigenthum und hier soll derjenige

---

58. cf. Planck, Zeitschrift f. d. R. X, pg. 281—284.

59. Daß diese Stelle die Voraussetzung des Besitzes mache, darf man aus den vorhergehenden §§ schließen, in denen es immer heißt: swelk gut en man in geweren hevet, sve aver en gut in geweren hevet —. Ja im Richtsteig c. 25 (pg. 45 l. 25) wird das Beweisrecht ausdrücklich zuerkannt mit den Worten: »und hat sie es in irer gewer.«

das Beweisrecht erlangen, der »mit dem zins in habender were beerbet« ist. — Magdeburger Fragen II, c. 1 d. 2. — Dieses Vorzugsrecht des Besitzers gilt aber auch dann, wenn die eine Parthei sich ein Recht an dem Grundstücke zusagt, was mit dem von der anderen Parthei behaupteten vereinbar ist, wenn also die eine Parthei ein beschränkendes dingliches Recht, die andere volles Eigenthum behauptet. Denn auch hier sind die Rechtsbehauptungen gleich stark. Das Eigenthum an sich ist ja durchaus nicht bezweifelt und kommt gar nicht in Frage; nur derjenige Ausschnitt des Eigenthumes, der Inbegriff derjenigen Befugnisse, die den Inhalt des dinglichen Rechts bilden, ist bestritten. Sowohl der Eigenthümer, der die Freiheit seines Eigenthumes anerkannt wissen will, als die andere Parthei behaupten die gleichen dinglichen Befugnisse für sich und so kann nur der Besitz über den Beweisvorzug entscheiden. Behauptet daher Jemand Lehnrecht an einem Gute, das er besitzt, während der Lehnsherr ihm gegenüber sein ungeschmälertes Recht daran darthun will, so ist doch ersterer näher zum Beweise. — Lehnr. 74 §. 1. — Und umgekehrt dürfen wir schließen, daß, falls in dem nämlichen Falle der Herr besessen haben würde, dieser jenen Vorzug genossen hätte. Spricht ferner der Besitzer eines Gutes Zinsrecht daran an, während die andere Parthei volles Eigenthum behauptet, so mag jener sein Erbzinsrecht daran „behalten." Weichbild a. 62.

3) Endlich kann auch noch der Fall eintreten, daß einerseits aus den Behauptungen der Partheien nicht hervorgeht, wie die eine ihren Anspruch auf ein stärkeres Recht stützen könne als die andere, daß sie vielmehr hierin sich vollkommen in der Wage halten, und daß auf der anderen Seite keine von beiden Besitz zu behaupten vermag. Für diesen Fall bestehen eine Reihe von Vorschriften, die mit einer gewissen Willkür der einen oder der anderen Parthei das Beweisrecht zuertheilen. So soll, wenn zwei Vasallen Lehnrecht von demselben Herrn an demselben Gute unter

jenen Voraussetzungen behaupten, der Ritterbürtige im Beweise vorgehen — Lehnr. 2 §. 4 — ein Satz, der freilich beim Burglehn cessirt, weil bei diesem Heerschildmäßigkeit kein regelmäßiges Requisit ist. — Richtsteig Lehnrs. c. 31 §. 4. — Streiten Lehnsherr und Mann, so zwar, daß dieser den Herrn als solchen anerkennt und der Mann Lehnrecht an demselben Grundstücke behauptet, an dem der Herr sein ungeschmälertes Recht anspricht, so soll der Mann das Beweisrecht erlangen, of die herre unde die man »ene« gewere in seget an eneme gude. — Lehnr. 41.[60] — Behauptet ferner der Lehnsherr, seinem Gegner stehe nur Zinsrecht an einem Gute zu, während dieser Lehnrecht daran haben will, so ist dieser näher zum Beweise, ohne Rücksicht auf die gewere. — Lehnr. 13 §. 3. Richtsteig c. 23 §. 3. — Hierher gehört endlich noch die Vorschrift des Sachsensp. II, 43 §. 1:

Sve en gut eme seget to lene unde en ander seget it si sin egen; spreket se't mit geliker were an, jene mut it bat to egene behalden mit tvier scepenen getüge, denne die andere to lene. cf. Dist. I, c. 33 d. 2.

Nehmen wir hier an, daß der Lehnrecht Behauptende seinen Gegner nicht sowohl, als vielmehr einen Dritten als Obereigenthümer bekennt, so ist der dunkele Punkt der, warum sich der Vasall nicht auf seinen Lehnsherrn als Gewεren zieht, wozu er nach jeder Analogie berechtigt und verpflichtet ist. arg. Sachsensp. II, 42 §. 1. Richtsteig Lehnrs. c. 18 §. 1.

— eft he dat sinem herren te rechte icht scolde hebben gekundiget? Dat vindme.

Es bliebe eine unerklärliche Unbilligkeit gegen Mann und Herrn, wollte man von der Voraussetzung ausgehen, daß gerade in diesem Falle der Lehnsherr unbedingt von dem Prozesse ausgeschlossen würde und daß er sein und seines Mannes Recht in einem

---

60. Homeyer, Sachsensp. II, 2 pg. 615.

neuen Prozesse als Kläger verfechten müßte.[61] Doch ist in der Stelle selbst auch keine Andeutung vorhanden, wonach das Beweisrecht des Eigenthümers erst dann einträte, wenn dem Vasallen an seinem Geweren Bruch wurde.[62] Wir müssen daher nach einem Falle suchen, in dem das Ziehen auf den Geweren seiten Desjenigen, der Lehn behauptet, nicht möglich ist, und diesen bietet uns die Glosse zum Sachsenspiegel. Wenn nämlich der bisherige Besitzer des Gutes verstorben ist und ein lehnsunfähiger Erbe behauptet, das Gut sei im Eigenthume seines Erblassers gewesen, während ein Anderer als Lehnsherr den Heimfall desselben als Lehngutes anspricht, so können beide in einem gewissen Sinne durch Ererbung und Heimfall die Gewere sich zuschreiben. Aber eine solche Gewere, die dem einen oder anderen das Beweisrecht verschaffte, hat keiner von beiden; dieses gewährt erst die faktische Besitzergreifung.[63] In diesem Sinne umschreibt der Richtsteig — c. 27 (pg. 48 l. 9) — das »gelike were« des Sachsenspiegels mit den Worten: »und haben sie paide »k e i n« gewer daran.« Der hier vorliegende Streit bezieht sich also auf die Frage, in welcher Qualität der Verstorbene das Gut besessen habe, ob als Eigen oder als Lehn; der Erbe nach Landrecht behauptet Eigenthum, die andere Parthei ihre Lehnsherrlichkeit — bei dem Lehnsherrn selbst ist aber vom Ziehen auf den Geweren keine Rede. In diesem Falle nun, so bestimmt jene Stelle, soll Derjenige, der das Eigenthum an dem Gute, vor dem Lehnsherrn, der die Lehnsqualität desselben behauptet, den Vorzug im Beweise haben. — Vielleicht läßt sich auch noch an einen anderen Fall denken, in dem der Streit zwischen Lehnsherrn und Mann selbst geführt wird, an den Fall nämlich, daß der Mann behauptet, er habe rechtes Lehn,

61. So Planck, Zeitschrift f. d. R. X, pg. 289.
62. So will Eichhorn, Rechtsgesch. II, §. 356. 4. b.
63. cf. Homeyer, Sachsensp. II, 2 pg. 418.

Lehnrecht an einem solchen Gute, mit dem der Herr selbst vom Reiche oder einem Gotteshause beliehen sei, während der Herr dagegen sich Eigenthum zuschreibt. Hier spricht der Mann ein Lehnrecht von viel größerer rechtlicher Kraft an, als der Herr ihm zugesteht. Denn Lehn an Eigen kann der Herr jederzeit widerrufen und auch sonst ist nur der Leihende selbst, nicht seine Erben verpflichtet, nur der Beliehene allein berechtigt.[64] Dieser materiellen Schwächung des Verhältnisses würde es vollkommen entsprechen, wenn man in dem Falle geliker were der Partheien dem Herrn das Beweisrecht für sein Eigenthum zuschriebe, während in demselben Falle, wenn rechtes Lehn beiderseitig vorausgesetzt würde, der Mann für sein bestrittenes Lehnrecht den Beweisvorzug erränge.[65] Aus dieser rechtlichen Ausnahmestellung des Lehnverhältnisses an Eigen ließe es sich auch erklären, warum in diesem Falle das Eigenthum nur mit »vier« scepenen getüge bewiesen werden kann, während regelmäßig sechs Gezeugen erforderlich sind — eine Bestimmung, die aus irgend welcher anderen Auslegung der Sachsenspiegelstelle keine Deutung empfangen hat.

II. Genau dieselben Regeln, welche den Beweisvorzug im Immobiliarsachenrecht bestimmen, beherrschen auch das Mobiliarsachenrecht. Auch in ihm entscheidet zunächst die größere und geringere rechtliche Kraft der vorgebrachten Behauptungen.

Stützt daher der Kläger seinen Anspruch auf die Sache darauf, daß er dieselbe durch Raub oder Diebstahl oder sonst in unfreiwilliger Weise verloren habe, so kann den Beklagten das Beweisrecht nur dann treffen, wenn er einen Erwerbungsgrund zu behaupten vermag, der ihm unabhängig von dem unfreiwilligen Verluste des Klägers und nicht blos durch diesen vermittelt die Sache verschaffte. Ein so begründetes Recht muß stärker wirken

64. Homeyer, l. c. pg. 526—528.

65. S. oben, Lehnr. 41.

als das blose Berufen auf einen stattgehabten Verlust. Dahin gehört, wenn der Beklagte behauptet, er habe die Sache selbst erzeugt, Laken selbst gewirkt, Vieh in seinem Stalle auferzogen. — Sachsensp. II, 36 §. 3. Richtsteig c. 17 (pg. 33. l. 1). Gslr. pg. 100 l. 2. Dist. IV, c. 9 d. 4. — Dahin gehört auch, wenn der Beklagte behauptet, er habe die Sache Räubern oder Dieben abgejagt. Denn dadurch erwirbt er gegenüber einem demselben Gerichtssprengel Angehörigen nach sechswöchentlichem Aufbewahren gegenüber einem Auswärtigen sofort ein Recht auf den dritten Theil der Sache, zunächst zwar nur dadurch, daß dem Kläger die Sache geraubt oder gestohlen wurde, aber doch auch durch eine selbständige bewahrende Thätigkeit, der das Gesetz jene Belohnung zusichert. — Richtsteig c. 12 (pg. 21 l. 24). c. 15 (pg. 27 l. 21). cf. Sachsensp. II, 37. — In beiden Fällen heißt es:

he mut it mit mereme rechte behalden, jene die it in geweren hevet, d. i. der Beklagte.

Will dagegen der Beklagte die Sache gekauft oder sonst auf derivativen Titel hin erworben haben, so liegt in diesem Anführen nicht mehr, als daß er dasselbe Recht an der Sache beanspruchen könne, was sein Autor an derselben besaß. Es kann damit nicht entschieden werden, ob der Beklagte ein solches Recht an der Sache habe, welches gegenüber der Behauptung des Verlustes als ein stärkeres, des Schutzes würdiges erscheint. Beruft sich also Beklagter darauf, er habe die Sache auf dem gemeinen Markte, er wisse nicht von wem gekauft, so mag er sich von dem Verdachte des Diebstahls mit seinem Eide reinigen, aber ein selbständiges, auf sich selbst beruhendes Rechtsverhältniß vermag er nicht zu behaupten; es ist nicht anders, als wenn er den Anspruch des Klägers einfach leugnete; dieser gelangt zum Beweise. — Sachsensp. II, 36 §. 4. Richtsteig c. 13 (pg. 24 l. 2). Dist. IV, c. 9 d. 4. c. 42 d. 25 u. d. 7. Gslr. pg. 99 l. 10. Weichbild a. 134. — Will daher der Beklagte sich im Besitze schützen und wenn auch

nicht für sich selbst, doch für seinen Anspruch das Beweisrecht gewinnen, so muß er seinen Gewährsmann benennen und diesen zur Uebernahme des Prozesses vermögen, so zwar, daß von Geweren zu Geweren gezogen wird, bis man auf Jemand stößt, der ein stärkeres Recht an der Sache, als das auf dem unfreiwilligen Verluste begründete des Klägers, zu behaupten vermag. — Sachsensp. II, 36 §. 6. Dist. IV, c. 9 d. 4. Gslr. pg. 100 l. 2. Magdeb. Fragen I, c. 13 d. 1. — Eine solche stärkere Behauptung kann nun darin liegen, daß der Gewere die Sache selbst erzeugt oder vom Kläger selbst erworben, geschenkt erhalten oder gekauft haben will — in beiden Fällen erwirbt der Gewere das Beweisrecht; sie kann aber auch darin liegen, daß er die Sache vom Kläger geliehen oder zu Faustpfand gehabt habe. Hier erfüllt er seine Pflicht zur Gewährschaft durch die Berufung auf den Grundsatz: Hand muß Hand wahren, und schützt so den Beklagten vor der dinglichen Klage.[66] Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die den Anspruch des Klägers ausschließenden Rechtsverhältnisse der Leihe oder der Verpfändung zum Beweise ausgesetzt wurden. Fraglich kann es nur erscheinen, welche Parthei innerhalb dieser

66. Daß das Vorschützen des Grundsatzes: Hand muß Hand wahren, das Ziehen auf den Geweren voraussetzt, geht schon daraus hervor, daß der Erwerber um das Rechtsverhältniß seines Autors zur Sache nicht wissen kann und daß gerade die Voraussetzung dieser Unkenntniß die Einführung jener Regel allein rechtfertigt. Albrecht, Gewere pg. 94. Daher scheint die Annahme Planck's X, pg. 266, besonders Note 146, daß der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, regelmäßig vom Beklagten in der Form geltend gemacht wurde, daß der Beklagte die Einlassung auf die Klage verweigerte, nicht glaublich. Die Worte des angeführten Kulm. R. und Lüb. R.: so darf der man nicht antworten, lassen sich sehr wohl deuten mit nicht verantworten, dafür stehen, ausantworten. Der technische Ausdruck wäre: antwerdes sik weren. S. Homeyer, Glossar zum Landrecht s. v. antwert, antwerden. Auf keinen Fall hätte hier der Beklagte selbst zum Eide gelangen können (pg. 267. ibid.), denn er konnte über fremde Rechtsverhältnisse niemals einen Wissenseid schwören.

Rechtsverhältnisse das Beweisrecht erhielt. Wenn nun aber auf Grund der fraglichen Obligationen an den Kläger die rein obligatorische Anforderung gestellt wird, diese Rechtsverhältnisse als bestehende anzuerkennen, so müssen wir wohl annehmen, daß dieser, als in der Exception Beklagter, zum alleinigen Eide gelangte. Doch läßt sich diese Annahme durch keinerlei Quellenzeugnisse unterstützen. — Bei dem Ziehen auf den Gewereu kann aber endlich noch der Fall eintreten, daß der benannte Autor die Verpflichtung zur Gewährschaft abweist, daß dem Beklagten Bruch an seinen Gewehren wird. Hier tritt ebenso, wie wenn Beklagter von Anfang an keinen Gewehren zu benennen wußte, der Umstand ein, daß der Beklagte kein selbständiges Recht an der Sache zu behaupten vermag; es gilt auch hier so viel, als ob er einfach leugnete, und der Kläger erringt das Beweisrecht. Sachsensp. II, 36 §. 5. Dist. IV, c. 42 d. 8 u. 25. Gslr. pg. 99 l. 16.

Andere Anwendungen der Regel, daß die Behauptung des Rechtes, das den entgegengesetzten Anspruch der anderen Parthei auszuschließen vermag, zum Beweise ausgesetzt wird, sind folgende:

Behauptet der Kläger, er habe dem Erblasser des Beklagten eine Sache zur Aufbewahrung übergeben, und will sich Beklagter damit schützen: »das gut ist mir angestorben und angeerbt«, d. h. er habe es in der Erbschaft gefunden, so kann dies offenbar den Anspruch des Klägers an die Sache nicht zurückweisen, dieser hat das Beweisrecht. — Richtstg. c. 16 (pg. 29 l. 1—20). — Anders würde es sich verhalten, wenn der Kläger behauptet hätte, er habe die Sache dem Beklagten selbst geliehen; hier würde die Berufung darauf, daß sie ererbt worden sei, die Behauptung des Klägers ausschließen und mithin Beklagter zum Beweise gelangen. — Sachsensp. I, 15 §. 1. — Vindicirt ferner der Kläger eine Sache, an der Beklagter dasselbe Recht behauptet, weil er sie vom Kläger selbst geschenkt erhalten oder gekauft habe, so wird

hierdurch das Recht des Klägers an der Sache als nicht mehr vorhanden dargestellt. — Sachsensp. III, 4 §. 1. Richtsteig c. 13 (pg. 23 l. 5). — Und diesem Falle steht es ganz gleich, wenn Kläger eine Sache als ererbte in Anspruch nimmt, besonders als Theile der Gerade und des Heergewettes, Beklagter aber dagegen einwendet: dat it ime de ghegheven hebbe de des macht hedde to vorghevene (Erblasser) also alse recht is. — Gölr. pg. 15 l. 14. Distinct. IV, c. 28 d. 3. — In beiden Fällen erhält consequenterweise die beklagtische Behauptung das Beweisrecht.

Tritt nun fernerhin die Möglichkeit ein, daß sich die Partheien ganz gleiche Rechte an der Sache zusagen, so muß hier wie im Immobiliarsachenrecht der Besitz den Beweisvorzug bestimmen. Denn bei gleichen Rechten ist der Anspruch auf Erhaltung des bestehenden Zustandes besser begründet, das behauptete gleiche Recht ist nicht stark genug, um eine Veränderung zu bewirken. Sagt sich daher der Kläger eine Sache als Eigenthum zu, weil er sie bei dem Erblasser des Beklagten deponirt habe, und entgegnet dieser, sie sei vielmehr im Eigenthum seines Erblassers gewesen, so ist er näher zum Beweise: »nachdem das er es in gewer hett.« — Richtsteig c. 16 (pg. 29 l. 21). — Behauptet ferner der Beklagte gegenüber dem Vindikanten, die Sache sei sein Faustpfand, so schließt er damit den Anspruch ungeschmälerten Eigenthumes aus und gelangt zum Beweise und zwar hier zum alleinigen Eide. — Gölr. pg. 68 l. 11. — Endlich gehört hierher noch eine Stelle des Kulmischen Rechtes III, 134:

Lossen tzwene man gesmyde machen welchirleye das sy in eyme stempel adir forme glych eynes alse das andir. Vorlusit denne eyner das syne und anspricht deme andirn das syne, so ist yoner, der is in syner gewere hat, des gesmydes nehir tzu behalden —.

§. 29.

Art und Wirkung des bevorzugten Beweises.

Wenn bei entgegengesetzten Behauptungen selbständiger Rechtsverhältnisse nach Maßgabe der relativ größeren Stärke das eine derselben zum Beweise ausgesetzt worden ist, so fragt es sich, in welcher Weise dasselbe bewiesen wurde, wessen Beweisrecht und welche Beweisart innerhalb desselben stattfand. Die einfache Antwort auf diese Frage ist die, daß Beweisrecht und Beweisart genau und ausnahmelos sich nach denselben Regeln bestimmt, welche galten, wenn das betreffende Rechtsverhältniß klagweise geltend gemacht wäre und ihm die einfache Verneinung gegenüberstände. Stützt sich also der behauptete Anspruch auf ein dingliches oder ein Personen-Recht, so gelangt der Kläger oder Excipient mit Gezeugen, ist es ein obligatorisches, so gelangt der Beklagte oder Replikant mit dem alleinigen Eide zum Beweise, so jedoch, daß auch hier die Ausnahmen des regelmäßigen Beweisrechtes Platz greifen und das gerichtliche Zeugniß dem sich darauf Berufenden den Vorzug verschafft. Ob daher einem Rechtsanspruche die einfache Verneinung oder ein Gegenrecht opponirt wird, ist für dessen Beweis ohne Bedeutung. Die Bethätigung dieser Regel liefert jede Stelle, die über den Vorzug verschiedener Beweisrechte entscheidet; der Nachweis derselben ist von uns bereits dadurch gegeben, daß wir für die Bestimmung des Beweisrechtes in einfach verneinten Rechtsverhältnissen solche Quellenzeugnisse, die in der Form exceptivischer Vorbringen sprechen, ohne Anstand benutzen durften.

Wichtiger ist die andere Frage, welche Wirkung hatte die Zuertheilung des Beweisrechtes an eines unter mehreren behaupteten Rechtsverhältnissen? Auch hier ist wiederum zweifellos, daß, wenn der Beweis gelang, der Beweisführer die Wahrheit seiner Behauptung des stärkeren Rechtes dargethan hatte. Es war damit

die letzte Entscheidung, das letzte Urtheil in der streitigen Sache gesprochen, daß der entgegengesetzte Anspruch der anderen Parthei ausgeschlossen sei. Eines Weiteren bedurfte es nicht. Zweifelhaft dagegen ist die Wirkung des mißlungenen Beweises. Zunächst ist damit nur so viel festgestellt, daß dem zum Beweise näher Berechtigten das von ihm behauptete stärkere Recht nicht zustehe. Blieb man — so fragt sich — bei dieser nächsten Wirkung stehen, oder erhielt der mißlungene Beweis eine größere Tragweite? Hatten beide Partheien das Eigenthum an derselben Sache behauptet, hatte Beklagter auf Grund seines Besitzes das Beweisrecht erlangt, und deficirte ihm der Beweis, schloß man daraus nicht weiter, als daß ihm selbst das Eigenthum nicht zustehe? Fand nur jene beschränkte Wirkung statt, so war mit der Führung des Beweises, des zwar mißlungenen, der Rechtsstreit noch nicht beendigt, sondern jetzt kam es zu einem neuen Beweise, jetzt erst mußte der Kläger darthun, daß ihm seinerseits das behauptete Eigenthum an der Sache zustehe. Und gelang auch diesem der Beweis nicht, ging man dann vielleicht nochmals auf die frühere beklagtische Behauptung eines schwächeren Rechtes zurück, das durch die stärkere Behauptung des Klägers bereits überwunden worden war, oder gestattete man dem Beklagten die Sache ohne weiteres als dem glücklichen Besitzer? — — — Halten wir nun gegen dies Alles fest, daß es ein Urtheil der Parthei über ihr Recht ist, welches jedem Beweise zu Grunde liegt, so kann das Vorbringen einer wahren Einrede seiten des Beklagten nicht so viel heißen, er setze dem klägerischen Anspruche die Behauptung eines stärkeren, ausschließenden Rechtes entgegen, sollte aber diese Behauptung nicht ausreichend befunden werden, so verneine er das Recht des Klägers noch einfach. Vielmehr liegt es in der Natur eines solchen Urtheiles, daß es den Anspruch des Klägers nur d a r u m abgewiesen wissen will, w e i l dem urtheilenden Beklagten das behauptete stärkere Recht zustehe; es umfaßt und ergreift das Rechtsver-

hältniß der Parthei zu der anderen, welcher Art es sei, in seiner Totalität. Darum — kann der Beklagte den Beweis nicht führen, den Beweis, der jenes Urtheil nur potenzirt enthält, so folgt daraus nicht blos, daß ihm selbst das betreffende Recht nicht zustehe, sondern vielmehr: daß er überhaupt den Anspruch des Klägers in rechtskräftiger Weise nicht abzuweisen vermöge. Dann ist der Kläger mit der Behauptung seines Rechtes gleichsam ohne Gegner, seine Behauptung bedarf keiner weiteren Garantie, sie muß als die Negative der Behauptung des Beweisführers ohne weiteres als wahr gelten. So gelangen wir denn zu dem Resultate, daß, wenn der Beweis des zum Beweise ausgesetzten Rechtsverhältnisses mißlingt, die entgegengesetzte Behauptung des anderen Rechtsverhältnisses ohne ferneren Beweis und unmittelbar als wahr gilt. Und mit dieser Annahme tritt denn jener Charakter des Beweises, wonach er das endgültige Urtheil in einem Rechtsstreite sprechen soll, in sein hellstes Licht. Nur durch die strenge Verpflichtung des Beweisberechtigten, d. i. durch die strengen Folgen des Mißlingens, erhält das große Recht, die Einseitigkeit des Beweises, ein adäquates und gerechtes Gegengewicht.

Zu diesem Resultate führt denn auch die unmittelbare Anschauung der Quellen. An allen Orten, an denen der Beweisvorzug Einem unter mehreren behaupteten Rechtsverhältnissen zugesprochen wird, erscheint mit dieser Zusprechung der ganze Prozeß, soweit er nicht lediglich von der Parthei abhängt, als erledigt. Nirgends finden wir eine Andeutung, daß nach dem Mißlingen des zugesprochenen Beweises neuerdings in demselben Rechtsstreite die Frage des Beweisrechtes erhoben werden könnte, wie dies nothwendig wäre, falls die entgegengesetzte Rechtsbehauptung noch einer besonderen Garantie bedurft hätte; nirgends finden wir für den Fall des Mißlingens im Voraus ein eventuelles Beweisrecht ertheilt, wie dies wenigstens möglich wäre. Die ganze Entscheidung erscheint als an den Beweis der einen Rechts-

behauptung, als an dessen günstiges oder ungünstiges Schicksal geknüpft. Und diese negativen Faktoren erhalten eine positive Bestätigung in dem Falle, in dem die Witwe Eigenthum an ihrer Leibzucht gegenüber den Erben behauptet, die dieses Eigenthum für sich in Anspruch nehmen. Hier heißt es:

Mag sie des aber nicht gethun, d. i. ihr Eigenthum selbsieben beweisen, so frag, ob sie icht an dem eigen beid, leipding und eigen verliesen sullen? Das vindet man. Richtsteig c. 25 (pg. 46 l. 1).

Denn dieser Ausspruch kann kaum einen anderen Sinn haben als den, daß, falls der Witwe der Beweis mißlingt, das Eigenthum des Gutes, und zwar zur Strafe das volle Eigenthum, dem Erben unmittelbar und ohne jeden ferneren Beweis zugesprochen werden soll.

Zwar könnte man sich für eine entgegengesetzte Ansicht[67] darauf stützen, daß, falls der Beklagte im Vindikationsprozesse sich auf einen derivativen Erwerbungsgrund beruft und seinen Geweren nicht zu benennen oder zu stellen weiß, der Kläger zum Beweise seines Rechtes an der Sache gelange. Allein dies entscheidet nicht. Denn in diesem Falle bekennt der Beklagte, daß er für seine Person dem klägerischen Anspruche ein selbständiges und stärkeres Recht, das ihm selbst das Beweisrecht erringen könnte, nicht entgegenzusetzen vermag. Er stellt diese Möglichkeit vielmehr dem Geweren anheim. Deficirt nun der Gewere, so deficirt nicht ein zugesprochener Beweis, sondern es tritt jetzt die Gewißheit ein, daß der Beklagte auch nicht durch einen Dritten eine solche Rechtsbehauptung vorbringen kann, die das Beweisrecht errânge, die die Entscheidung der Sache in sich trüge. Eine derartige Behauptung hat nur der Kläger aufgestellt und so muß die-

---

67. Planck, Zeitschrift f. d. R. X, pg. 273. No. 2.

fer zum Beweise gelangen gerade so, als ob Beklagter einfach geleugnet hätte.

§. 30.

Außerordentliches Beweisverfahren.

Im Bereiche des Obligationen- und Personenrechtes werden sich selbständige Rechtsbehauptungen von ganz gleichem Inhalte nicht wohl entgegengesetzt werden können und so wird das materielle Recht immer die Regel an die Hand geben, welchen Einfluß die eine auf die andere, und danach, welche von beiden als die stärkere zu gelten habe. Anders im Bereiche des Sachenrechts. In ihm haben die Behauptungen sich entgegengesetzter, eigener Rechte immer dieselbe Sache zum Gegenstande und so fügt es sich häufig, daß jede Parthei sich genau dasselbe Recht an der Sache zuschreibt. Im Mobiliarsachenrecht giebt in diesem Falle immer die faktische Innehabung der Sache den Beweisvorzug, denn die Bezugnahme auf diese macht den Anspruch der einen Parthei zum stärkeren. Die Innehabung selbst aber werden sich nicht wohl beide Partheien zuschreiben können; es lehrt ja schon die einfache Anschauung, ob sie der einen oder der anderen zustehe. Im Immobiliarsachenrecht dagegen, wo möglicherweise die sichtbare und körperliche Beziehung der Person zur Sache eine verwischtere und entferntere ist, können auch darin die Behauptungen der Partheien gleich sein, daß jede von beiden für sich den Besitz des Grundstückes behauptet. Dann läßt sich weder nach der Art des Rechtes noch nach dem Gesichtspunkte des Besitzes entscheiden, welche Behauptung als die stärkere anzusehen sei, dann wird die Entscheidung über den Beweisvorzug nach den regelmäßigen Grundsätzen zur Unmöglichkeit. Das eine Beweisrecht ist nicht im Stande das andere zu absorbiren und beide stehen sich in ungelöstem Widerspruche gegenüber. So gelangen wir denn hier zu einem Punkte des Beweissystemes, an dem außerordentliche Maß-

regeln getroffen werden müssen, falls überhaupt irgend welche endgültige Entscheidung des Rechtsstreites stattfinden soll.

Dieses außerordentliche Verfahren [68] besteht nun nicht, wie man denken möchte, darin, daß hier das Gericht als solches die Behauptungen der Partheien und deren Begründungen oder Beweise gegen einander abwöge und so das letzte Urtheil in die Hand nähme; auch jetzt noch verweigert man ihm diese Competenz. Vielmehr sind es dritte Personen, die rechten ummeseten, die in deme dorpe oder in den nesten bidorpen geseten sin — Sachsensp. III, 21 §. 1 —, die gebure unde die rechten umbesetenen — Lehnr. 40 §. 1 — oder die kunscap, d. s. die neybere boven unde beneden unde ok andere gude lüde, dar men sik des vormodet dat in de sake witlik si — Gslr. pg. 30 l. 34 — die den »**getüch** besceiden« sollen. Aber obwohl der Ausdruck Gezeugniß auf das regelmäßige Beweismittel hindeutet, so beruht dieses Verfahren doch auf ganz verschiedenen Grundsätzen. Es ist nicht das Urtheil der einen oder der anderen Parthei, welches von den Nachbarzeugen nur garantirt würde, es tritt nicht der Partheieid hinzu oder bildet den prinzipalen Bestandtheil, [69] sondern die Nachbarzeugen haben auf Grund der Partheibehauptungen nach freier Erwägung und nach dem Ermessen dessen, was sie wissen, das Recht des einzelnen Falles zu finden. Es wird ihnen die Macht beigelegt, unabhängig von den Partheien eine endgültige Entscheidung des Rechtsstreites zu fällen, so zwar, daß die Majorität den Ausschlag giebt. Dieses Nachbarzeugniß tritt nach dem Sachsenspiegel überall da ein, wo im Allgemeinen

tvene man to weder stride en gut mit geliker ansprake anspreket. III, 21 §. 1, cf. Dist. I, c. 33 d. 5.

---

68. Homeyer, System des Lehnrechts. §. 86.

69. Daß die Partheien ihre Behauptungen hier nicht beschwören, geht daraus hervor, daß die sich gegenüberstehenden Eide ein weiteres Stadium des Verfahrens bilden.

Einzelne Anwendungen desselben
theien sich die gewere des Gutes
»in nutze und gelde« hätten —
I. 25). Lehnr. 40 §. 1 [70] — un
Gewere und besonders die fr
Richtsteig Lehnrs. c. 29 §. 3 -
von zwei Nachbarn eine Mar
endlich wenn zwei Dorfschaft
so daß jede von beiden sich ei
recht 70. [71]

Aber möglicherweise br
Verfahren zu keiner Entsche
die Nachbarzeugen nach ih
theiischen Behauptungen r
daß sie sich zu einer Majo
deren Rechtes nicht verein
für sich begründeten Be
Kraft sich gegenüber u
Ausübung desselben ge
Weise, daß jede Parth
hier der Fall ein, daß
getraut, so ist damit
aber beide ihr Recht c

70. In dem Lehnrec
Parthei ihre Gewere vo
den Beweisvorzug errin
weder von dem ande

71. Gehört hierhe
Wat an ervegut
nicht untrichten ne
kunscap an der sal
kunscap spricl, de
d. 7. — ??

Alternative: entweder man entschließt sich, das Grundstück und dessen einzelne Theile, insoweit sie beiderseitig beschworen sind, zu theilen, oder man giebt es Gott anheim, zu entscheiden, welche Parthei die Wahrheit geschworen habe, indem man zu einem Wasserurtheile schreitet. Sachsensp. III, 21 §§. 1. 2. Richtsteig c. 26 (pg. 48 l. 3). Gslr. pg. 30 l. 42. Lehnr. 40 §§. 2. 3. Richtsteig Lehnrs. c. 29 §. 5.

Und so sehen wir denn am Schlusse unserer Darstellung, wie sich die Prinzipien, welche das Beweissystem des Sachsenspiegels bilden, nicht allenthalben bewähren, wie sie in sich selbst Widersprüche erzeugen, die nur gewaltsam geheilt werden können. Das starre Selbstgefühl der einzelnen Persönlichkeit wollte es nicht dulden, daß das Urtheil einer über ihr stehenden Behörde über ihr Recht entschiede, es wollte die Parthei auch in der eigenen Sache sich ein wirkungsvolles Urtheil bewahren, ja dieses Urtheil sollte die Grundlage des ganzen Verfahrens, des Beweises und der endlichen Entscheidung bilden. Ein Widerspruch entstand durch die Fähigkeit und den Anspruch, jeder Parthei ihr Urtheil zum entscheidenden zu erheben; man suchte ihn zu lösen durch den schroffen Grundsatz der Einseitigkeit des Beweises, kaum gemildert durch die Anschauung, daß das Beweisrecht einen integrirenden Bestandtheil des materiellen Inhaltes eines jeden Rechtsverhältnisses bilde. Aber diese Einseitigkeit des Beweises ließ sich nicht überall festhalten, die Grundsätze, die seine Vertheilung bestimmten, erschöpften sich. So mußte man sich endlich doch entschließen, das selbständig entscheidende Urtheil der Genossen über sein Recht ergehen zu lassen, oder man mußte das rohe Mittel der Theilung ergreifen und dem anmaßlichen Glauben an ein unmittelbares Eingreifen Gottes in das kleinliche Menschengetriebe huldigen.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

